Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Friedrich Wilhelm Vockenberg

aus Kassel

Göttingen 1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544307_0010

Druck und Schreibsatz: Andreas Funke, Offsetdruck,
34 Göttingen, Paulinerstraße 13
Eingang Gotmarstraße

Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Friedrich Wilhelm Vockenberg

aus Kassel

Göttingen 1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Berichterstatter: Professor Dr. Henckel
Mitberichterstatter: Professor Dr. Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Mai 1966

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Einleitung:	Aufgabe und Problematik der Arbeit	1
I. HAUPTTEIL:	Die dogmatischen Grundlagen der Haftung aus § 717 Abs.2 ZPO	6
1. Teil:	Die Möglichkeiten materiell-rechtlicher Einordnung	6
1. Abschnitt:	"Handeln auf eigene Gefahr" als Haftungsgrund	7
2. Abschnitt:	§ 717 Abs.2 ZPO als ein Fall der Gefährdungshaftung	10
3. Abschnitt:	Die Ersatzpflicht nach § 717 Abs.2 ZPO als Haftung bei rechtmäßigem Eingriff entsprechend den in §§ 228, 867, 904 BGB geregelten Fällen	13
4. Abschnitt:	Der Einordnungsversuch Kuttners	17
2. Teil:	Die objektive Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes	20
1. Abschnitt:	Die Rechtsbeziehungen zwischen Vollstreckungsgläubiger, Staat und Vollstreckungsschuldner	22
A.	Das Verhältnis Gläubiger-Staat	23
B.	Das Verhältnis Staat-Schuldner	25
C.	Das Verhältnis Gläubiger-Schuldner	29

2. Abschnitt:		Die verschiedenen Versuche, die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes zu begründen	32
	A.	Der Lösungsversuch Hellwigs	32
	B.	Der Lösungsversuch Geibs	34
	C.	Der Lösungsversuch Steins	36
	D.	Der Lösungsversuch Goldschmidts	38
	E.	Neuere Lösungsversuche	41
	F.	Sonstige Lösungsversuche	45
	G.	Die Stellungsnahme der Rechtsprechung	47
3. Abschnitt:		Kritik der aufgezeigten Lösungsversuche	49
4. Abschnitt:		Eigener Lösungsversuch	72
	A.	Der Vollstreckungsbetrieb aus der Sicht der herkömmlichen Rechtswidrigkeitslehre	76
	I.	Die Bedeutung des sog. Vollstreckungsrechts als Unterfall eines "publizistischen Rechtsschutzanspruchs"	76
	II.	Das Vollstreckungsrecht als Erscheinungsform eines allgemeinen, staatsrechtlichen Justizgewährungsanspruchs	80
	III.	Der vermeintliche Widerspruch zwischen "prozessualer Rechtmäßigkeit" und "materieller Rechtswidrigkeit"	82
	IV.	Die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des Vollstrekkungsbetriebes	85

Seite

B. Der Vollstreckungsbetrieb aus der Sicht der modernen Rechtswidrigkeitslehre 92

C. Zusammenfassung 101

3. Teil: Die unbedingte Haftpflicht des Vollstreckungsgläubigers 102

4. Teil: Die möglichen Einwendungen des Gläubigers gegen den Ersatzanspruch des Schuldners 104

1. Abschnitt: Der Einwand rechtmäßigen Vollstreckungsbetriebes 106

A. Überblick über die im Schrifttum vertretenen gegensätzlichen Auffassungen 106

B. Die Zulässigkeit des Einwandes 108

2. Abschnitt: Der Aufrechnungseinwand 112

A. Die grundsätzliche Zulässigkeit des Einwandes 112

B. Die Aufrechnung mit der Klageforderung 113

I. Aufhebung des vollstreckten Titels durch Sachurteil 114

II. Aufhebung des vollstreckten Titels durch Prozeßurteil 115

C. Zusammenfassung 119

3. Abschnitt: Der Einwand des Mitverschuldens 120

Seite

4. Abschnitt: Der Einwand des Zurückbehaltungsrechts 122

A. Leistungsverweigerungsrecht wegen nicht erfüllter Klagforderung 122

B. Zurückbehaltungsrecht wegen gemachter Verwendungen 123

5. Teil: Die Haftpflicht des Gläubigers nach § 717 Abs.2 ZPO und die möglicherweise konkurrierende Ersatzpflicht nach § 823 BGB 124

1. Abschnitt: Die objektiven Voraussetzungen einer Haftung des Vollstreckungsgläubigers nach § 823 BGB 125

A. Vollstreckungseingriff in Freiheit und Eigentum des Schuldners 125

B. Die Vollstreckung in Forderungsrechte 126

C. Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung 127

2. Abschnitt: Die Beweislastverteilung bei der Haftung nach § 823 BGB und derjenigen nach § 717 Abs.2 ZPO 127

A. Das Regel- und Ausnahmeverhältnis als Grundregel für die Verteilung der Beweislast 128

B. Die Beweislast bei der Gläubigerhaftpflicht nach § 823 Abs.1 BGB 129

C. Die Beweislastsituation im Falle des § 717 Abs.2 ZPO 130

3. Abschnitt: Vorsätzlich oder fahrlässig rechtswidriger Vollstreckungsbetrieb 131

Seite

II. HAUPTTEIL: Die besonderen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach § 717 Abs. 2 ZPO und seine prozessuale Geltendmachung 134

1. Teil: Die prozessualen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs 135

1. Abschnitt: "Kläger" und "Beklagter" als Schuldner und Gläubiger des Anspruchs 135

2. Abschnitt: Aufhebung oder Abänderung eines vorläufig vollstreckbaren "Urteils" 138

3. Abschnitt: Aufhebung oder Abänderung eines "für vorläufig vollstreckbar erklärten" Urteils 141

4. Abschnitt: "Aufhebung oder Abänderung" eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils 142

5. Abschnitt: Schaden als Folge der Zwangsvollstreckung oder einer zu ihrer Abwendung gemachten Leistung 145

A. Vollstreckungsschaden 145

B. Schaden als Folge einer zur Abwendung der Vollstreckung gemachten Leistung 145

C. Umfang des Schadens 147

2. Teil: Die prozessuale Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs 147

Literaturverzeichnis

Kommentare, Lehrbücher, Einzeldarstellungen

Baumbach-Lauterbach,	Kurzkommentar zur ZPO, 28. Aufl. (1965)
Beling,	Die Lehre vom Verbrechen (1906)
Bernhardt,	Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb (1935)
Betzinger,	Die Beweislast im Zivilprozeß, 3. Aufl. (1910)
Binder,	Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch (1927)
Börker,	Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, JR 1960, 168 ff.
Breit,	Die Vollstreckung nicht endgültiger Titel als rechtmäßige, aber zum Schadensersatz verpflichtende Handlung, Diss. iur. Leipzig (1933)
v. Caemmerer,	Wandlungen des Deliktsrechts in der Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Bd. II (1960)
Degenkolb,	Beiträge zum Zivilprozeß. Der Streit über den Klagrechtsbegriff (1905)
Deutsch,	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung (1963)
Engisch,	Die Einheit der Rechtsordnung (1935)
Enneccerus-Nipperdey,	Allgemeiner Teil des BGB, 2. Hbd. 15. Bearb. (1960)

Erman,	Handkommentar zum BGB, 2. Aufl. (1958)
Esser,	Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung (1941)
Esser,	Lehrbuch des Schuldrechts, Allg. und Bes. Teil, 2. Aufl. (1960)
Falkmann,	Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. (1899)
H. A. Fischer,	Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts (1911), Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Bd. 21, 2
Fischer-Fischerhof,	Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung (1934)
Förster-Kann,	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. (1913 - 1926)
Gaupp-Stein,	Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8. und 9. Aufl., Bd. 2 (1908)
Geib,	Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß (1909) in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Bd. 18, 1
Gerhardt,	Handeln auf eigene Gefahr, Diss. iur. Göttingen (1962)
Görres,	Die Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrechte (1906), Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 35, 313 ff.
Goldschmidt,	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. (1932)
Goldschmidt,	Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb (1910), Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Bd. 20, 3
Goldschmidt,	Der Prozeß als Rechtslage (1926)

Goldschmidt,	Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht) (1905) in Festgabe für Bernhard Hübler, S. 85 ff.
Goldschmidt,	Über Begriff und Bedeutung des materiellen Ziviljustizrechts (1914) in Festgabe für Heinrich Brunner, S. 108 ff.
Guttmann,	Urteilszustellung und Vollstreckungsbeginn (1901), Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 29, 394 ff.
Hahn-Mugdan,	Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 8
Hein,	Identität der Partei, Bd. 1 (1918)
Heintze,	Die Schadensersatzverpflichtung nach ungerechtfertigter Vollstreckung im Gebiete des Privatrechts, Diss. iur. Freiburg (1905)
Hellwig,	Anspruch und Klagrecht (1900), Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Bd. 5, 1
Hellwig,	Klagrecht und Klagmöglichkeit. Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Civilprozeßrechts (1905)
Hellwig,	Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft (1910) in Festgabe für v. Gierke, Bd. 2 S. 42 ff.
Hellwig,	System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil (1912)
Hellwig-Oertmann,	System des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Teil (1919)
Henckel,	Parteilehre und Streigegenstand im Zivilprozeß(1961)
Henckel,	Materiellrechtliche Folgen der unzulässigen Prozeßaufrechnung, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 74, S. 165 ff.
Kisch,	Beiträge zur Urteilslehre (1903)
Kleinfeller,	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. (1910)

Kohler,	Der Prozeß als Rechtsverhältnis (1888)
Kohler,	Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß (1894)
Kuttner,	Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile (1908), Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 16, 2
Kohlrausch-Lange,	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl. (1961)
Langheineken,	Der Urteilsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Klagrecht (1899)
Larenz,	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 7. Aufl. (1964); Bd. 2, 6. Aufl. (1964)
Larenz,	Die Prinzipien der Schadenszurechnung, Juristische Schulung 1965 S. 373 ff.
Leipziger Kommentar	zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl. (1957, 1958)
Löning,	Die Widerklage im Reichs-Civilprozeß (1881)
Maurach,	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1965)
Merkel,	Juristische Encyclopädie, 3. Aufl. (1909)
Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, Bd. 2 (1888)	
Nathan,	Das Zivilprozeßrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Bd. 2 (1958)
Niese,	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen (1950)
Nipperdey,	Rechtswidrigkeit, Sozialadaequanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777 ff.
Neumann-Duesberg,	Materiellrechtliche Wirkungen des Prozesses, JZ 1951, 502 ff.
Oertmann,	Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage (1911), Archiv für civilistische Praxis, Bd. 107, S. 199 ff.

Palandt,	Bürgerliches Gesetzbuch, 24. Aufl. (1965)
Petersen-Anger,	Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Bd. 2 (1906)
Planck,	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 2, Besonderer Teil (1896)
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB	
Raydt,	Die vorläufige Vollstreckbarkeit (1904)
Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, Bd. 1, 2 und 3, 11. Aufl. (1959, 1963)	
Rinck,	Gefährdungshaftung (1959)
Rosenberg,	Die Beweislast auf der Grundlage des BGB und der ZPO, 4. Aufl. (1956)
Rosenberg,	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. (1961)
Seuffert-Walsmann,	Kommentar zur ZPO, 12. Aufl., Bd. 2 (1933)
Eb. Schmidt,	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG, 1. Teil (1952)
Schmidt,	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. (1906)
Schönke-Baur,	Zwangsvollstreckungsrecht, Konkurs- und Vergleichsrecht, 6. Aufl. (1956)
Schönke-Schröder,	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. (1965)
Schwarz-Dreher,	Kommentar zum Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 27. Aufl. (1965)
Schwinge,	Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht (1930)
Soergel-Siebert,	Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1 und 3, 9. Aufl., (1959, 1960)
Staudinger,	Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, 11. Aufl. (1957)

Stein,	Grundfragen der Zwangsvollstreckung (1913)
Stein-Jonas-Schönke-Pohle,	Kommentar zur ZPO, Bd.2, 18. Aufl. (1956)
H. Stoll,	Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, 137 ff.
H. Stoll,	Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung (1961)
v. Tuhr,	Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Hälfte (1957)
Unger,	Handeln auf eigene Gefahr (1893)
Wach,	Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1885)
Wach,	Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (1901), Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 29, 359 ff.
Weismann,	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd.2 (1905)
Weismann,	Nebenintervention und Streitgenossenschaft (1884)
Welzel,	Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl. (1952), 4. Aufl. (1961)
Welzel,	Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl. (1965)
Welzel,	Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, MDR 1952, 584 ff.
Welzel,	Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, NJW 1952, 564 ff.
Wieacker,	Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1957, 535 ff.
Wieczorek,	Kommentar zur ZPO mit Nebengesetzen, Bd.4,1(1958)
Th. Wolff,	Der Ersatzanspruch wegen Vollziehung eines unrechtmäßigen Arrestbefehls oder einer unrechtmäßigen Zwangsvollstreckung ohne und nach Leistung einer Sicherheit, Gruchot Bd.38, 115 ff., 302 ff.
Zitelmann,	Ausschluß der Widerrechtlichkeit (1906), Archiv für civilistische Praxis, Bd. 99, 1 ff.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen

Archiv für die civilistische Praxis (Arch. für civ. Prax.)

Deutsches Autorecht (DAR)

Deutsche Richterzeitung (DRiZ)

Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)

Die öffentliche Verwaltung (DöV)

Entscheidungen des Reichsgerichts (amtliche Sammlung)
in Zivilsachen (RGZ)
in Strafsachen (RGSt)

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
(BVerfGE)

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (amtliche Sammlung)
in Zivilsachen (BGHZ)
in Strafsachen (BGHSt)

Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Sammlung der Rechtsprechung
(OLGE)

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruchot)

Iherings Jahrbücher (Iher. Jb.)

Juristenzeitung (JZ)

Juristische Rundschau (JR)

Juristische Schulung (JuS)

Juristische Wochenschrift (JW)

Lindenmaier und Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGH LM)

Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)

Neue Juristische Wochenschrift (NJW)

Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (Seuff. Arch.)

Versicherungsrecht (Vers.R.)

Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Warn.Rspr.)

Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (ZZP)

EINLEITUNG

I. Die Zivilprozeßordnung enthält eine Reihe von Vorschriften, in denen eine Schadensersatzpflicht desjenigen geregelt ist, der aus einem nur vorläufigen Titel gegen seinen Schuldner hat vollstrecken lassen, wenn dieser Titel im weiteren Verlaufe des Verfahrens aufgehoben oder abgeändert worden ist oder sich als von Anfang an ungerechtfertigt erwiesen hat.

1. Nach § 302 Abs. 4 ZPO ist der Gläubiger dem Schuldner gegenüber zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er aus einem unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergangenen Urteile vollstreckt hat und dieses im Nachverfahren über die Aufrechnung wegen Bestehens der zur Aufrechnung gestellten Forderung aufgehoben wird.

2. Nach § 600 Abs. 2 ZPO ist Schadensersatz zu leisten, wenn aus einem im Urkunden- oder Wechselprozeß ergangenen Vorbehaltsurteil vollstreckt worden ist und dieses im Nachverfahren aufgehoben wird, weil der geltend gemachte Anspruch nicht besteht.

3. Nach § 717 Abs. 2 ZPO haftet der Vollstreckungsgläubiger, wenn er aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil in das Schuldnervermögen hat vollstrecken lassen und das der Vollstreckung zugrunde liegende Urteil im weiteren Instanzenzuge aufgehoben oder abgeändert wird.

4. Nach § 945 ZPO ist der Arrestgläubiger schadensersatzpflichtig, wenn sich Arrest oder einstweilige Verfügung nach ihrer Vollstreckung als von Anfang an ungerechtfertigt erweisen oder auf Grund der §§ 926 Abs. 2 und 942 Abs. 3 ZPO aufgehoben werden.

5. Nach § 1042c ZPO trifft schließlich denjenigen eine Schadensersatzpflicht, der aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Beschlusse, durch den ein Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt wird, gegen den Schuldner vollstreckt.

II. Sämtlichen genannten Vorschriften ist im wesentlichen dreierlei gemeinsam:

1. Ihrem inneren Wesen nach sind es materiell-rechtliche Normen. Denn allein im Bereich des materiellen Rechts stellt sich die Frage, ob ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre vorliegt, und von wem, wie und unter welchen Voraussetzungen ein erlittener Nachteil auszugleichen ist. Dem widerspricht es nicht, daß die genannten Vorschriften durchweg im Prozeßrecht normiert sind. Nur die praktische Erwägung, daß es sachdienlicher sei, diese Normen in den prozeßrechtlichen Zusammenhang zu stellen, der ihrem äußeren Tatbestand entspricht, war der gesetzgeberische Grund, sie nicht dem Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern der Zivilprozeßordnung einzufügen.[1] Dies galt schon in gleicher Weise für den seinem inneren Wesen nach ebenfalls materiellrechtlichen Bereicherungsanspruch des § 655 Abs. 2 ZPO a.F., der durch die heute geltende Schadensersatznorm des § 717 Abs. 2 ZPO abgelöst wurde.[2]

2. Ihren äußeren tatbestandlichen Voraussetzungen nach sind die genannten Vorschriften allesamt prozessualer Natur. Bisweilen spricht man daher von einer "Doppelnatur" dieser Normen.[3] Im wesentlichen haben sie nämlich alle die gemeinsame prozessuale Grundlage, daß der Gläubiger, oder - wie es im Gesetz mit Ausnahme des § 945 ZPO heißt - der "Kläger" die Vollstreckung aus Titeln betrieben hat, die noch nicht endgültig waren, sei es, weil ihnen die Rechtskraft fehlte, oder, weil sie nur in kursorischem, vorläufigem Verfahren erlassen waren. Wird ein solcher nur vorläufiger Titel später aufgehoben, oder erweist er sich sonst

1) Heintze, S. 14.
2) Görres, S. 382.
3) Görres, a.a.O.

als nicht gerechtfertigt, so wird einmal der weiteren Zwangsvollstreckung des Gläubigers die Grundlage entzogen, zum anderen steht aber zugleich auch fest, daß die bisherige Vollstreckung ohne hinreichende (innere) Grundlage erfolgt ist.

3. Die in den genannten Vorschriften normierte Haftung ist in allen Fällen eine unbedingte, d.h. eine vom Verschulden des Gläubigers unabhängige Haftung. Dies war das eigentlich Neue, das Besondere, wenn auch nicht Unerwartete an der getroffenen Regelung. Man hatte einen Schritt gewagt, der zuvor schon oft erwogen, doch erst jetzt als notwendig und richtig erkannt worden war.

III. Die genannten Schadensersatznormen haben in kurzen Zügen folgende Entstehungsgeschichte: Bereits das preußische ALR bestimmte in den §§ 137, 138 I, 6, daß derjenige, der Sachen unrechtmäßigerweise mit Arrest belegte, dem Gegner wegen des dadurch verursachten Schadens hafte. Ob man hier bereits eine unbedingte Haftpflicht des Arrestlegers statuieren wollte, erscheint zweifelhaft, ist aber nicht ausgeschlossen. Die Praxis allerdings faßte die getroffene Regelung im Sinne der allgemein anerkannten Verschuldensdoktrin auf und forderte als Voraussetzung für die Haftpflicht des Arrestlegers den Nachweis zumindest fahrlässigen, also schuldhaften Verhaltens.[1] Gegenüber einer unbedingten Haftpflicht des Gläubigers bedachte man: "Bei einer solchen Auffassung werde die Zulassung vorläufiger Vollstreckbarkeit dem Kläger mehr verleitlich als nützlich sein."[2]

Eine unbedingte Haftpflicht erwog man erstmals in den Beratungen zum Entwurfe einer ZPO für den Norddeutschen Bund, sah jedoch schließlich davon ab, zu dieser Frage abschließend Stellung zu nehmen und eine entsprechende Norm in den Entwurf einzufügen, denn sie gehöre wegen ihres materiell-rechtlichen Charakters dem bürgerlichen Recht an, das die Frage der Haftung des Arrestlegers in den einzelnen Bundesstaaten in recht verschiedener Weise regele.[3] Die gleiche Auffassung findet

1) RGZ 13, 302; RGZ 21, 380; RGZ 7, 374; RGZ 8, 16 f.; RGZ 11, 415. Vgl. Motive zum Entwurf eines BGB 2, S. 757.

2) RGZ 11, 418.

3) Prot. S. 1176 (zitiert nach RGZ 7, 378).

sich auch in den Motiven zur ZPO 43 wieder, in denen erklärt wird, es gehe nicht an, "eine unbedingte Haftpflicht des Gläubigers für den durch ungerechtfertigten Arrest angerichteten Schaden in der ZPO auszusprechen, da deren Bestimmung dem materiellen Recht angehöre."[1)]

Schließlich war die Frage der Haftpflicht des Arrestlegers und des Vollstreckungsgläubigers Gegenstand der Beratungen zum Entwurfe eines BGB, dem man bisher eine entsprechende abschließende Regelung vorbehalten hatte, die es aber dann doch nicht brachte. In den Motiven wird hierzu ausgeführt, "in Ermangelung einer besonderen Bestimmung sei nach dem Entwurfe der Arrestleger zum Ersatze des durch die ungerechtfertigte Arrestanlage verursachten Schadens nicht unbedingt, sondern nur dann verpflichtet, wenn die Voraussetzungen der §§ 704 (Abs. 2 - Verletzung eines absoluten Rechts), 705 (Abs. 1 - Verstoß gegen ein Verbotsgesetz) vorlägen. Ein Bedürfnis, die Entschädigungspflicht des Arrestlegers - abweichend von den allgemeinen Grundsätzen - besonders zu regeln, sei nicht anzuerkennen."[2)] Dasselbe gelte von der Schadensersatzpflicht des Klägers, der aus einem vorläufigen, später aufgehobenen Titel vollstreckt habe. Im übrigen überließ man die Antwort auf die Frage, "ob in den betreffenden Fällen nach den Vorschriften der CPO eine unbedingte Verpflichtung zum Schadensersatz begründet sei, "den Prozessualisten."[3)] Die abschließende Regelung brachte dann auch die Prozeßrechtsänderungsnovelle des Jahres 1898, indem sie die bisherigen bereicherungsrechtlichen Vorschriften[4)] der §§ 274, 563, 655 ZPO a.F. durch die heute geltenden Vorschriften der §§ 300, 600, 717 ersetzte und den § 945 ZPO neu in die Zivilprozeßordnung einfügte.

---

1) Görres, S. 368.

2) Motive zum Entwurf eines BGB 2, 757.

3) Motive zum Entwurf eines BGB 2, 757.

4) Görres S. 382, 383; Th. Wolff S. 128. A.A. RGZ 34, 354.

Das Kernproblem

Mit dieser durch eine recht bewegte Entstehungsgeschichte gekennzeichneten Neuregelung wurde zwar eine Lanze zugunsten der hart umstrittenen unbedingten, vom Verschulden unabhängigen Haftung des Vollstreckungsgläubigers und Arrestlegers gebrochen. Um so mehr entflammte jedoch jetzt erst recht der Streit um die dogmatischen Grundlagen der hier normierten Haftpflicht. Sicherlich ist es recht und auch billig, daß in den neu geregelten Fällen der dem Vollstreckungsschuldner oder Arrestschuldner zugefügte Schaden ersetzt wird. Zweifelhaft ist jedoch, warum gerade den Gläubiger diese Schadensersatzpflicht trifft. Macht er doch, wenn er gegen den Schuldner aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil vollstrekken läßt, von einem prozessual zulässigen Rechtsbehelfe Gebrauch, denn die ZPO läßt die Zwangsvollstreckung nicht nur aus endgültigen, sondern auch und gerade aus vorläufigen Titeln zu. Ist es aber denkbar, daß ein prozessual zulässiges Handeln zugleich rechtswidrig sein kann? Ist ein Handeln, das nach prozessualen Maßstäben zulässig ist, erlaubt und daher rechtmäßig? Welche Bedeutung kommt dem sogenannten formellen, publizistischen Vollstreckungsanspruch zu, der nach weit verbreiteter Auffassung dem Staat gegenüber als dem Träger der Zwangsvollstreckung besteht und auf die Entfesselung staatlicher Zwangsgewalt gegen den Schuldner mit dem Ziele des Vollstreckungseingriffs in dessen Rechtssphäre ausgerichtet ist? Übt der Gläubiger, wenn er die Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner betreibt, etwa nur dieses Recht aus, und kann das überhaupt rechtswidrig sein? Schließlich ist auch aus der Sicht der modernen Rechtswidrigkeitslehre zu fragen, ob die Annahme rechtswidrigen Handelns des Vollstreckungsgläubigers nicht möglicherweise an der Überlegung scheitern muß, daß er doch kaum klüger sein kann als der Richter, der ihm seinen Anspruch als materiellrechtlich existent und prozessual evident bescheinigt. Handelt nicht der Gläubiger mit aller nur gebotenen Sorgfalt und daher rechtmäßig, wenn er gestützt auf den Vollstreckungstitel und im Vertrauen auf die Richtigkeit des vollstreckbaren Urteils gegen seinen Schuldner vorgeht? Neben der Frage, ob das Gläubigerhandeln bei der Vollstreckung aus vorläufigem, später aufgehobenem oder als ungerechtfertigt erkanntem Titel rechtswidrig oder rechtmäßig ist, steht die nach dem Grund für die unbedingte, vom Verschulden unabhängige Haftung des Vollstreckungsgläubigers. Trägt er wirklich das Risiko seines eigenen

Irrtums oder hat er für einen fremden Irrtum, nämlich für den des Richters einzustehen?

Die aufgezeigte Problematik soll am Beispiel der Vorschrift des § 717 Abs.2 ZPO als dem Kern der oben genannten Schadensersatzvorschriften erörtert werden. Darüber hinaus gilt es ferner, die Frage nach den speziellen Voraussetzungen, den möglichen Einwendungen, sowie die nach der prozessualen Geltendmachung der ihrem äußeren Tatbestand nach vor den übrigen aufgeführten Schadensersatznormen interessierenden Vorschrift des § 717 Abs.2 ZPO zu beantworten.

1. HAUPTTEIL: Die dogmatischen Grundlagen der Haftung aus § 717 Abs.2 ZPO

Mit der Feststellung, daß es sich bei der in § 717 Abs.2 ZPO bestimmten Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers um eine Regelung materiellen Rechts handelt, stellt sich notwendig die Frage nach ihrer Einordnung im materiellrechtlichen Bereich. Die Antwort wird von Schrifttum und Rechtsprechung sehr unterschiedlich gegeben.

1. Teil: Möglichkeiten materiellrechtlicher Einordnung

Alle nur irgendwie ernsthaft zu erwägenden Einordnungsmöglichkeiten - vom "Handeln auf eigene Gefahr" bis hin zum Lösungsversuch sui generis (Kuttner) - sind im Schrifttum und im Anschluß daran auch in der Rechtsprechung zu finden. Ihnen wollen wir uns zunächst zuwenden, bevor wir dann unser besonderes Augenmerk auf die bedeutsamste, und - das sei schon hier gesagt - u.E. richtige Lösung von der objektiven Widerrechtlichkeit als Grundlage jener Gläubigerhaftpflicht richten.

1. Abschnitt: "Handeln auf eigene Gefahr" als Haftungsgrund

Weithin verbreitet ist die Auffassung, die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO beruhe auf dem Grundgedanken des Handelns auf eigene Gefahr[1], und fast scheint es, als solle auf diese Weise nicht etwa nur die subjektive Seite der (unbedingten) Haftpflicht, sondern ihr Wesen überhaupt, vollends, erfaßt und erklärt werden. So findet sich beispielsweise in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung des Bundesgerichtshofs unter Hinweis auf Rosenberg[2] die Formulierung, "der gesetzgeberische Grund für die Ersatzpflicht nach § 717 Abs. 2 ZPO ... sei der, daß der Gläubiger auf Grund eines nur vorläufigen Vollstreckungstitels und daher auf eigene Gefahr vollstreckt habe, nicht aber, daß die Vollstreckung rechtswidrig sei".[3]

Um Klarheit in die hier aufgeworfene Problematik des "Handelns auf eigene Gefahr" zu bringen, ist es erforderlich, mit der Erörterung dessen zu beginnen, was man in diesem Zusammenhang begrifflich unter "Handeln auf eigene Gefahr" versteht.

"Handeln auf eigene Gefahr" ist in jüngster Zeit nicht selten als Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen zu finden[4]; auch der Praxis ist der Begriff durchaus geläufig.[5] Man versteht hier unter Handeln auf eigene Gefahr allgemein ein bewußtes und vermeidbares Sich-selbst-Gefährden[6], also eine bestimmte Verhaltensweise des Verletzten, der sich ohne triftigen Grund in eine Lage drohender Selbstgefährdung begibt, obwohl er die besonderen Umstände kennt, die für ihn eine konkrete Gefahrenlage begründen.[7] Zu den-

1) Hellwig-Oertmann, Syst. II, S. 178 unter Berufung auf Unger, S. 115 ff.; Seuffert-Walsmann Anm. 2b zu § 717; Stein-Jonas § 717 Anm. 4; Neuman-Duesberg JZ 1961, 502 f.; Lent NJW 1956, 1762 f.; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2; ferners RGZ 71, 200; 106, 291; 149, 324; 157, 18; BGHZ 9, 212; BGH NJW 1957, 1926 f.

2) Rosenberg, Lehrb. § 170 III, 2.

3) BGH in DVBl 1963, 293.

4) Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr; Walter Gerhardt, Handeln auf eigene Gefahr.

5) BGH NJW 1952, 1410; NJW 1958, 905; OLG Köln VersR 1958, 332.

6) Stoll, S. 2.

7) Gerhardt, S. 6, 7; OLG NJW 1950, 143; BGH NJW 1958, 905; Reimer Schmidt bei Soergel § 276 Rn. 63.

ken ist beispielsweise an einen vom OLG Oldenburg[1] entschiedenen Fall:

> Zwei Bekannte hatten miteinander gezecht und machten sich anschließend gemeinsam im PKW des einen auf die Heimfahrt. Als Folge des Alkoholgenusses des Fahrers kam es unterwegs zu einem Unfall, bei dem beide Wageninsassen ums Leben kamen. Die von den Hinterbliebenen des Mitgenommenen gegen die Erben des Fahrers erhobene Klage aus §§ 843, 844 BGB wies das OLG aus dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr als unbegründet ab.

Indes, der soeben aufgezeigte Begriff des Handelns auf eigene Gefahr kann in dem hier interessierenden Zusammenhang nicht gemeint sein, ist doch im Falle des § 717 Abs.2 ZPO nicht der Vollstreckungsgläubiger, sondern der Vollstreckungsschuldner der Verletzte, der allein auf eigene Gefahr in der dargelegten Bedeutung handeln könnte. Der hier maßgebliche Begriff des Handelns auf eigene Gefahr muß vielmehr im Hinblick auf den Verletzenden, nicht auf den Verletzten verstanden werden. In diesem Sinne hat ihn, soweit ersichtlich, erstmals Unger[2] gefaßt, auf den sich beispielsweise Oertmann zur Frage der Gläubigerhaftung nach § 717 Abs.2 ZPO ausdrücklich bezieht.[3] Für Unger ist Handeln auf eigene Gefahr ein Verhalten des Schädigers, das ihm eine unbedingte, also vom Verschulden unabhängige Haftung auferlegt.[4] Er baute auf der erstmals von Merkel[5] vertretenen sogenannten Interessentheorie[6] auf, die er auf die kurze Formel brachte: eigenes Interesse - eigene Gefahr; fremdes Interesse - fremde Gefahr.[7] Hiernach läßt sich feststellen, Handeln auf eigene Gefahr im Sinne der Ungerschen Begriffsprägung stellt auf den

---

1) OLG Oldenburg in DAR 1956, 296.
2) Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 5.
3) Hellwig-Oertmann, Syst. II, S. 178.
4) Unger, S. 4 ff.; S. 49 f.; S. 115 ff., 121 ff.
5) Merkel, Juristische Enzyklopädie, 3. Aufl. 1904, S. 272, 701.
6) Hier zeigt sich der Berührungspunkt von Handeln auf eigene Gefahr und Gefährdungshaftung, zwei nach Oertmann a.a.O. verwandte Begriffe.
7) Unger in IherJb 30, S. 299, 359.

Risikokreis des Schädigers ab; es ist ausgerichtet auf eine Erklärung der Haftung für sogenannte "Unglücks- oder Zufallsschäden"[1] in ihrer verschiedenen Erscheinungsform; es ist gekennzeichnet durch die Rechtsfolge unbedingter, d.h. vom Verschulden unabhängiger Haftung für den dem Verletzten zugefügten Zufallsschaden. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens wird nicht berührt. Ja gerade auf diesen Bereich kann sich aber das Risiko des Schädigers erstrecken, wie dies beispielsweise im Falle des § 231 BGB allgemein anerkannt ist.[2] Das ist deutlich in den Beratungen zur Prozeßrechtsänderungsnovelle von 1898 im Hinblick auf die Haftung nach § 717 Abs.2 ZPO zum Ausdruck gekommen: "Wenn gleichwohl der Entwurf die unbedingte Ersatzpflicht vorschlage, so rechtfertige sich dies aus dem Gesichtspunkte, daß die Vollstreckung eines Anspruches vor dessen endgültiger Feststellung eine mit großen Gefahren für den Beklagten verbundene Maßregel sei. Die Billigkeit erheische es, daß, wenn dem Kläger in seinem Interesse eine solche außerordentliche Befugnis beigelegt werde, er auch die mit ihrem Gebrauche verbundene Gefahr (= Risiko) zu tragen habe. Der Beklagte dürfe nicht unter einem wenngleich entschuldbaren Irrtum des Klägers leiden."[3] Zugleich heißt es dort, auf den gleichen Erwägungen wie die dem Entwurf vorgeschlagene Bestimmung (des § 717 Abs.2 ZPO) beruhe auch der § 231 BGB, wonach derjenige, der Selbsthilfe übe, in der irrigen Annahme, die für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit geforderten Voraussetzungen seien gegeben, dem anderen Teile gegenüber zum Schadenersatz verpflichtet sei, auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruhe.[4] Dieser Hinweis in den Motiven auf § 231 BGB ist treffend: In beiden Fällen nämlich ist eine unbedingte, vom Verschulden unabhängige Haftung normiert, und hier wie dort wird Handeln auf eigene Gefahr als Haftungsgrund genannt.[5] Für die Haftpflicht aus § 231 BGB ist unstreitig "stets Bedingung, daß die Handlungsweise des Täters eine objektiv widerrechtliche sei".[6] Gerade das ist im Falle des § 717 Abs.2 ZPO umstritten. Doch kann, wie der Vergleich

1) Esser, Grundlagen, S. 1.
2) Vgl. Fischer-Fischerhof, S. 47.
3) Hahn-Mugdan, Bd.8, S. 391 f.
4) Hahn-Mugdan a.a.O., S. 394.
5) Schönke-Baur § 1 IV 2; BGH in DVBl 1963, 293; Staudinger-Coing § 231 Rn 2; Soergel-Siebert § 231 Anm. 6.
6) RGRK-BGB-Johannsen § 231 Anm. 2.

mit § 231 BGB noch einmal deutlich zeigt, die Frage nach der Rechtswidrigkeit als Grundlage auch der Haftung aus § 717 Abs.2 ZPO nicht mit dem Hinweis darauf verneint werden, der Vollstreckungsgläubiger handele auf eigene Gefahr, nicht jedoch rechtswidrig. Eines schließt das andere nicht aus, und es fragt sich stets, welche Gefahr, welches Risiko trägt der Vollstreckungsgläubiger; etwa das der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit seines Handelns? Nach Kleinfeller[1] betrachtet das Gesetz Selbsthilfe und vorläufige Vollstreckung als überaus scharfe und für den Gegener gefährliche Rechtsmittel und hält es deshalb für angenommen, daß derjenige, der sich dieser Mittel bedient, auch das Risiko des Irrtums über die Berechtigung seines Handelns tragen solle.

2. Abschnitt: § 717 Abs. 2 ZPO als ein Fall der Gefährdungshaftung

Die Fälle der Gefährdungshaftung im eigentlichen, engeren Sinne[2] sind wesentlich gekennzeichnet durch eine vom Verantwortlichen "selbst gesetzte, abstrakte Gefahr"[3], wie sie beispielsweise mit dem Betrieb eines Eisenbahnunternehmens oder eines Kraftfahrzeuges gegeben ist. Diese vom Verantwortlichen beherrschte abstrakte Gefährdung geht aus von einer generell erlaubten, also rechtmäßigen Betätigung des Haftpflichtigen[4]. Für die Gefährdungshaftpflicht ist es gleichgültig, ob der Schaden zugleich auch auf einem rechtswidrigen Handeln des aus der Gefährdung Verantwortlichen - etwa des Kraftfahrzeughalters - oder eines Dritten - etwa des vom Halter verschiedenen Fahrers - beruht.[5] Entscheidend ist allein, daß die Schadensfolge mit der vom Haftpflichtigen beherrschten abstrakten Gefährdung ursächlich zusammenhängt, mit anderen Worten, die Ersatzpflicht greift schon und nur dann ein, wenn die Schadensfolge in kausalem Zusammenhang mit dem Verhalten des Verantwortlichen steht, als und soweit es die Gefahr setzt und verwirklicht.[6]

1) Kleinfeller, Lehrb. S. 587.
2) Im Gegensatz zu dem oben erörterten Handeln auf eigene Gefahr und der in diesem Zusammenhang üblichen Bezeichnung Gefährdungshaftung.
3) Esser, Lehrb. § 212, 1.
4) Larenz, Lehrb. Bd.II § 71 I; Esser, Lehrb. § 212, 1; ders., Grundlagen S. 97; Rinck, S. 5.
5) Stoll, S. 345/346; Larenz a.a.O.
6) Larenz a.a.O.; Esser a.a.O.

Die für die Fälle echter Gefährdungshaftung charakteristische generelle Gefahr schließt begrifflich die Möglichkeit irgendwelchen in bestimmter Weise denkbaren Schadenseintritts für eine unbestimmte Vielzahl dritter Personen in sich. Es ist also ein Schadenseintritt überhaupt als Folge des gefährlichen Verhaltens des Verantwortlichen letztlich ungewiß. Ebenso ungewiß ist es, wen möglicherweise das schädigende Ereignis trifft. Ob es zum Schadenseintritt überhaupt kommt, hängt stets von besonderen Umständen ab, die zu dem seinerseits auch ursächlichen gefährlichen Verhalten des Verantwortlichen als weitere Bedingung für den Erfolg hinzutreten müssen. Übertragen auf den Fall der Gefährdungshaftpflicht des Kraftfahrzeughalters bedeutet dies, daß zugleich damit, daß ein Kraftfahrzeug in den Verkehr eingegliedert wird, auch die Möglichkeit besteht, daß irgendwelche Dritte beim Betrieb des Kraftfahrzeuges mit dem ungewissen Eintritt eines zusätzlichen Ereignisses irgendwie geschädigt werden. Notwendig braucht es jedoch zu einer Schädigung Dritter nicht zu kommen.

Wie steht es nun mit der Haftung des Vollstreckungsgläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO? Hier fehlt es sowohl an der für die Gefährdungshaftpflicht wesentlichen, mit dem Handeln des Verantwortlichen verbundenen Abstraktheit der Gefährdung wie an der erforderlichen Gefahrenlage überhaupt.

I. Das Handeln des Vollstreckungsgläubigers, um das es hier allein geht, ist sein Vollstreckungsbetrieb gegenüber dem Schuldner, so wie ihn der Titel ausweist. Es besteht im wesentlichen darin, daß der Gläubiger einen bestimmten, förmlichen Vollstreckungsantrag stellt, es löst notwendig die staatliche Vollstreckungstätigkeit aus und führt über diese und durch sie bestimmungsgemäß zum Vollstreckungseingriff in die Rechtssphäre des Schuldners. Dieses Vollstreckungshandeln des Gläubigers zielt also von vornherein auf den Eingriff in die Rechte des Beklagten ab. Es richtet sich allein gegen ihn, den Schuldner, so wie ihn der Gläubiger in seinem Vollstreckungsantrag gestützt auf den Titel als Adressaten der Zwangsvollstreckung benennt, also gegen eine ganz bestimmte Person. Nur diese bestimmt bezeichnete Person könnte demnach - sofern man überhaupt von einer Gefahrenlage sprechen kann - gefährdet sein. Will man also überhaupt eine Gefahr, die vom Vollstreckungshandeln des Gläubigers ausgeht, annehmen, so kann es je-

denfalls nur eine ganz konkrete Gefahr für den Schuldner, den im Titel ausgewiesenen Beklagten, sein. Jene für die Gefährdungshaftung wesentliche abstrakte Gefahrenlage, d.h. eine Gefahr für eine unbestimmte Vielzahl dritter Personen, ist nicht gegeben. Und so zeigt sich schon hier ein überhaus bedeutsamer Unterschied zwischen den Fällen der Gefährdungshaftung und der hier zu beurteilenden Haftpflicht des Vollstreckungsgläubigers.

II. Aber auch an der, den Fällen der Gefährdungshaftung wesentlichen Gefahrenlage überhaupt ermangelt es bei der nach § 717 Abs.2 ZPO normierten Gläubigerhaftung. Das Vollstreckungshandeln des Gläubigers, sein Vollstreckungsantrag, setzt selbst bestimmungsgemäß den schädigenden Erfolg. Es schafft nicht nur die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts, der selbst erst durch eine besondere, selbständig eintretende Schadensursache ausgelöst wird, sondern der Schaden tritt mit dem gewollt herbeigeführten Vollstreckungseingriff notwendig und mit Sicherheit ein.[1] Die Ungewißheit liegt hier - anders als bei der Gefährdungshaftung - allein auf subjektivem Gebiet, nämlich dem des Erkennens, ob mit dem Vollstreckungshandeln des Gläubigers die entscheidende Bedingung für einen schädigenden Erfolg gesetzt wird. Dort, bei der Gefährdungshaftung, ist die Ungewißheit hingegen die, ob möglicherweise die den schädigenden Erfolg auslösende selbständige Schadensursache später noch eintritt oder nicht. Hier mag nun der Einwand gelten, ob denn nicht gerade die Aufhebung des Titels die den schädigenden Erfolg auslösende ungewisse, zukünfrige, noch eintretende Schadensursache sei, und ob nicht deshalb doch die der Gefährdungshaftung wesentliche Gefahrenlage vorliege. Diese Überlegung mag zwar auf den ersten Blick verblüffen, verfängt indes nicht. Wie man leicht sieht, steht die Titelaufhebung in keinerlei ursächlichem Zusammenhang zu dem Schadenserfolg. Sie ist lediglich eine Bedingung für die Haftung des Vollstreckungsgläubigers, d.h. nur dann, wenn der Titel im Instanzenzuge aufgehoben ist, kann der Gläubiger zum Ersatz des durch seine Vollstreckungshandlung verursachten Schadens herangezogen werden.

---

1) Vorausgesetzt natürlich, daß der Schuldner überhaupt im Besitze verwertbarer Gegenstände ist.

Die Einordnung der Haftpflicht des Vollstreckungsgläubigers nach § 717 Abs.2 ZPO unter die Fälle der Gefährdungshaftung ist nach alledem verfehlt. Sie führt allein dazu, die Frage nach den Grundlagen jener Gläubigerhaftung zu verwirren und zu verdunkeln, statt sie zu beantworten.

3. Abschnitt: Die Ersatzpflicht nach § 717 Abs.2 ZPO als Haftung bei rechtmäßigem Eingriff entsprechend den in §§ 228, 867, 904 BGB geltenden Fällen

Rosenberg ist der geistige Urheber jenes freimütig vom Bundesgerichtshof übernommenen Satzes[1], "der gesetzgeberische Grund" der Ersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers sei der, daß er "auf Grund eines nur vorläufigen Vollstreckungstitels und daher auf eigene Gefahr vollstreckt habe, nicht aber daß die Vollstreckung rechtswidrig sei."[2]

Wie schon oben S. 9 f. dargelegt, muß und kann dieser Satz Rosenbergs richtig nur heißen: der gesetzgeberische Grund der unbedingten, vom Verschulden losgelösten Haftung des Vollstreckungsgläubigers ist der, daß dieser auf Grund eines nur vorläufigen Vollstreckungstitels, und daher auf eigene Gefahr vollstreckt hat. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Vollstreckungshandelns des Gläubigers steht selbständig neben jener nach dem Grund für die unbedingte Haftpflicht.

Gegen die Rechtswidrigkeit und für die Rechtmäßigkeit der Zwangsvollstreckung des Gläubigers hat sich Rosenberg mit zweifacher Begründung ausgesprochen:

1. Bei der Vollstreckung aus "anderen" (endgültigen) Titeln, aber nach Untergang des vollstreckbaren Anspruchs entstehe keine Ersatzpflicht.[3] Das ist nur insoweit richtig, als eine unbedingte Haftpflicht dessen, der aus endgültigem Titel nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruches vollstreckt, nicht besteht.

---

1) BGH in DVBl 1963, 293.

2) Rosenberg, Lehrb. § 170 II 3.

3) Rosenberg a.a.O.

Zu 1) und 2): Im gleichen Sinne neuerdings auch Larenz, JuS 1965, 374 sub I 1 b.

Das erklärt sich, wie man leicht sieht, daraus, daß diesen Fällen die jenen eigene, die unbedingte Haftpflicht begründende Risikolage fehlt, so daß allein aus diesem Grunde eine etwa der in § 717 Abs.2 ZPO normierten Haftpflicht entsprechende Regelung für die Fälle der Vollstrekkung aus endgültigen Titeln nicht in Frage kam. Dennoch ist es sehr wohl denkbar, daß derjenige, der aus "anderen", endgültigen Titeln, nach Erlöschen des Anspruchs, etwa nach Erfüllung, vollstreckt, nach allgemeinem Deliktsrecht gemäß § 823 BGB haftet. So wird beispielsweise in den Motiven zum Entwurf eines BGB in der Diskussion der vorgeschlagenen Neuregelung der Gedanke einer unbedingten Haftpflicht des Arrest- und Vollstreckungsgläubigers verworfen und darauf hingewiesen, daß auch hier die allgemeinen Grundsätze des Deliktsrechts zu gelten hätten, also eine Haftpflicht des Gläubigers nur nach den allgemeinen Grundsätzen einer deliktischen Verschuldenshaftung in Betracht käme.[1] Es müßte also hier wie dort, bei der Vollstreckung aus vorläufigen wie der aus endgültigen Titeln, nachgewiesen werden, daß der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers rechtmäßig sei, um eine Haftung nach § 823 BGB auszuschließen. Gelänge es, dann erst könnte man folgern, daß auch im Falle vorläufiger Zwangsvollstreckung nicht die objektive Rechtswidrigkeit Grundlage der Gläubigerhaftpflicht nach § 717 Abs.2 ZPO sei, und daß hier ebenso wie in den Fällen endgültiger Vollstreckung als deliktische Haftung nur diejenige aus dem besonderen Unrechtstatbestand des § 826 BGB begründet sein könnte.[2]

2. Unter Hinweis auf Bernhardt[3] bezieht sich Rosenberg ferner als Beleg für seine Auffassung von der Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlungen des Gläubigers auf die Vorschriften der §§ 228 S.2, 867 S. 2, 904, 1005 BGB als Beispiele dafür, "daß auch aus rechtmäßigen Handlungen die Pflicht zum Schadensersatz erwachsen" könne.[4] Hiermit stellt Rosenberg sicherlich zutreffend fest, daß vom Bestehen einer gesetzlich normierten Schadensersatzpflicht nicht zwingend auf ein sie begründendes rechtswidriges Verhalten des Ersatzpflichtigen geschlossen werden kann, daß vielmehr auch aus und trotz rechtmäßigem Verhalten des Schä-

1) Motive zum Entwurf eines BGB 2, 757.
2) Vgl. Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 2.
3) Bernhardt, S. 48, 50, 52-
4) Rosenberg, Lehrb. § 170 III, 2.

digers, gleichsam aus der Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes heraus, eine Schadensersatzpflicht resultieren kann.[1] Damit ist aber nicht mehr gesagt, als daß ein Widerspruch zwischen der von Rosenberg angenommenen Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlungen des Gläubigers und der in § 717 Abs.2 ZPO normierten Schadensersatzpflicht nicht unbedingt besteht; doch läßt sich hiermit zugunsten eines vermeintlichen rechtmäßigen Vollstreckungshandelns des Gläubigers selbst nichts beweisen.

Nicht zutreffend wäre es ferner, wollte man - das liegt bei dem Hinweis Rosenbergs nahe - die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers aus § 717 Abs.2 ZPO der in den von jenem zitierten Vorschriften der §§ 228 S.2, 867 S. 2, 904, 962, 1005 BGB normierten Haftung als wesensgleich zuordnen. Das verbietet allein schon die auf beiden Seiten grundverschiedene Interessenlage: Bei den genannten bürgerlich-rechtlichen Vorschriften geht es darum, durch positivrechtliche Anordnung der Rechtmäßigkeit einen Interessenkonflikt zu lösen, der darin besteht, daß nur durch einen an sich rechtswidrigen Eingriff in fremdes Rechtsgut ein höherwertiges rechtliches Interesse geschützt werden kann.[2] Bei der Vollstreckung vorläufiger Titel hat der Gläubiger aber nur dann ein rechtliches Interesse an der Vollstreckung, wenn ihm der materiellrechtliche, vollstreckbare Anspruch zusteht. In diesem Falle tritt die Schadensersatzpflicht des Gläubigers jedoch nicht ein! Es handelt sich also hier ähnlich wie im Falle des § 231 BGB nicht um einen Konflikt widerstreitender rechtlich geschützter Interessen, sondern lediglich um die Ungewißheit, wer von beiden, der Vollstreckungsgläubiger oder der Schuldner, in seiner Rechtsposition schutzwürdig ist.

Schließlich hält auch der denkbare Schluß von der Zulässigkeit des hoheitlichen (titulierten) Vollstreckungseingriffs und der in § 717 Abs.2 ZPO normierten Schadensersatzpflicht des Gläubigers auf die Rechtmäßigkeit seines Vollstreckungsverhaltens näherer Überprüfung nicht stand. Denn dulden muß der Schuldner doch nur das unmittelbar in seine Rechtssphäre eingreifende hoheitliche Handeln der Vollstreckungsorgane, den staatlichen Vollstreckungseingriff. Ob der Schuldner aber auch das die staatliche Zwangsvollstreckung auslösende Vollstreckungshandeln des Gläubigers hin-

1) Kleinfeller, Lehrb. S. 456; H.A. Fischer, S. 113. A.A. Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 2.

2) Vgl. Palandt-Hoche § 904 Anm. 2.

nehmen muß, ist eine andere Frage. Hier kommt es zunächst wiederum darauf an, ob jenes gläubigerische Handeln rechtmäßig ist oder nicht. Zudem spielen aber auch prozessuale Gesichtspunkte eine entscheidende Rolle. Einer Unterlassungsklage des Schuldners gegen den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger nach § 1004 BGB stünde nämlich - solange die formelle und materielle Richtigkeit des vorläufig vollstreckbaren Urteils nicht rechtskräftig feststeht - der Einwand der Rechtshängigkeit entgegen. Nach der Rechtskraft dieses Urteils scheitert die Unterlassungsklage (nach dem Grundsatz der Präjudizialität) eben an der Rechtskraft der Entscheidung.

Nach alledem ist es auch Rosenberg nicht gelungen, eine einleuchtende Begründung für die in § 717 Abs. 2 ZPO normierte Haftung des Vollstreckungsgläubigers zu finden, geschweige denn die behauptete Rechtmäßigkeit des gläubigerischen Vollstreckungshandelns zu beweisen. Das war auch gar nicht zu erwarten, geht doch Rosenberg selbst davon aus, daß das prozessuale "Vollstreckungsrechtsverhältnis überhaupt nicht zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern zwischen Staat und Gläubiger auf der einen, und zwischen Staat und Schuldner auf der anderen Seite besteht"[1], also die rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner unberührt läßt. Schließlich gesteht Rosenberg auch ein, daß es immerhin "möglich" sei, auch "die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Gläubigers anzunehmen; rechtswidrig wäre nur sein Vollstreckungsbetrieb dem Schuldner gegenüber, während sein Verlangen nach Zwangsvollstreckung dem Staate gegenüber und dessen Vollstreckungstätigkeit rechtmäßig" blieben.[2] Hier bewegt sich Rosenberg im Fahrwasser Steins[3] und Geibs[4], auf die er ausdrücklich verweist und deren Stellungnahmen zur Frage rechtswidrigen oder rechtmäßigen Vollstreckungshandelns des Gläubigers später noch erörtert werden.

---

1) Rosenberg, Lehrb. § 170 II, 3.
2) Rosenberg, Lehrb. § 170 III, 2.
3) Stein, Grundfragen, S. 18.
4) Geib, S. 113.

4. Abschnitt: Der Einordnungsversuch Kuttners

Nach Kuttner[1] "scheint die richtige Auffassung die zu sein, daß rein äußerlich schon die bloß formale Aufhebung des früheren Urteils den Rechtsgrund der hier fraglichen Schadensersatzansprüche bildet."[2] "Das aufhebende oder abändernde Urteil bildet nicht etwa vermöge seiner materiellen Rechtskraft, sondern einfach als äußere, vom objektiven Privatrecht aufgegriffene und mit Rechtswirkungen ausgestaltete Tatsache ein genügendes materiellrechtliches Begründungsmoment für den Schadensersatzanspruch, gleichviel aus welchem Grunde die Aufhebung oder Abänderung erfolgt."[3]

Im Sinne Kuttners hat, soweit ersichtlich, das Reichsgericht in zwei vereinzelten Urteilen vom 19.3.1902[4] und vom 6.6.1904[5] entschieden. In dem erstgenannten Urteil heißt es: "Der Rechtsgrund für die Schadensersatzpflicht liegt in der prozessualen Tatsache daß das vorläufig vollstreckbare Urteil aufgehoben oder abgeändert ist"; in der zweiten Entscheidung wird ähnlich ausgeführt: "In den §§ 717 Abs.2, 302, 600 ZPO ist als Voraussetzung der Schadensersatzpflicht schlechthin bezeichnet, daß die bezeffende frühere Entscheidung aufgehoben oder abgeändert wird, wonach also lediglich die Tatsache der Aufhebung entscheidet." Der Lösungsversuch Kuttners hat - von vereinzeltem Widerhall in der Rechtsprechung abgesehen - mit Recht kaum Anklang gefunden. Enthält er doch lediglich die Feststellung, daß die Schadensersatzpflicht des Gläubigers an die Aufhebung des Titels geknüpft ist, ebenso wie nach § 717 Abs.1 ZPO mit ihr zugleich auch der weiteren Zwangsvollstreckung die Grundlage entzogen wird. Die Frage nach dem "Warum" bleibt unbeantwortet, ja die vorgeschlagene Lösung stellt sich überhaupt und "von Grund aus als Verzicht auf jede innere Erklärung der Schadensersatzpflicht dar"[6]. Der Aufhebung oder Abänderung des Titels bedarf es zur inneren Begründung der Haftpflicht nicht; allein zu deren Geltendmachung sind sie regelmäßig erforderlich und auch ausreichend[7], und zwar

1) Kuttner, S. 17 ff.
2) Kuttner, S. 19.
3) Kuttner, S. 20.
4) RG JW 1902, 254.
5) RGZ 58, 236.
6) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 3; ebenso H. A. Fischer, S. 126.
7) Goldschmidt a.a.O. sieht hierin den Grund für Kuttners Ansicht.

weil und soweit die materielle Rechtskraft der aufzuhebenden Entscheidung entgegensteht.[1] Materielle oder prozessuale Fehlerhaftigkeit des Urteils - Nichtbestehen des Anspruchs oder dessen fehlerhafte prozessuale Feststellung - können nämlich nur und erst dann zur Grundlage der Schadensersatzpflicht gemacht werden, wenn das den Anspruch bindend feststellende Urteil aufgehoben worden ist. Sonst könnten zwei sich widersprechende Urteile über denselben Gegenstand und zwischen denselben Parteien rechtskräftig werden.

Dort wo die Rechtskraft des Titels nicht entgegensteht, wie bei der Anordnung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung, genügt es zur Begründung des Anspruchs, daß sich die Anordnung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung "als von Anfang an ungerechtfertigt" erweisen; einer Aufhebung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung bedarf es hier nicht. Das gilt für die dem § 717 Abs.2 ZPO nachgebildete Haftung nach § 945 ZPO, die Kuttner jedoch von derjenigen nach § 717 Abs.2 ZPO grundlegend unterscheidet. Diese Differenzierung indes ist willkürlich, wie nicht zuletzt die Protokolle zeigen, in denen die genannten Vorschriften unter genau denselben Gesichtspunkten behandelt werden.[2] Zwei weitere Fälle durchbrechen die Regel, daß zur Geltendmachung des Ersatzanspruches die Aufhebung des Titels ausreicht: Entgegen der Auffassung Kuttners kann eine Schadensersatzpflicht nach § 717 Abs.2 ZPO trotz Aufhebung des Titels dann nicht begründet sein, wenn der Beklagte im Falle der Vollstreckbarerklärung nach § 708 ZPO gemäß § 713 Abs.2 ZPO Sicherheit leistet, ohne daß der Kläger in irgendeiner Weise Anlaß zu diesem Verhalten gegeben hätte.[3] Besonders deutlich zeigen das diejenigen Fälle, in denen sich der Kläger völlig neutral verhält und nicht einmal daran denkt, von dem ihm günstigen, vorläufigen

---

1) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 3; Hellwig, Anspruch, S. 149 Note 16, Klagrecht, S. 24 Note 20; Geib, S.109; vgl. BGH NJW 1957, 1926 f.

2) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des BGB II, 672, 674; vgl. auch Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 4.

3) Goldschmidt a.a.O.; Gaupp-Stein II, 4 zu § 717 Note 33; Seuffert Note 2e zu § 717; Weismann Lehrb. II § 125 VII 3c; H.A.Fischer, S. 126.

Titel Gebrauch zu machen, sei es, weil er schlechthin das Risiko vorläufiger Zwangsvollstreckung nicht auf sich nehmen will, sei es, weil er sich der Fehlerhaftigkeit des Titels und des damit verbundenen besonderen Risikos bewußt ist. Des weiteren ist heute anerkannt, daß trotz Aufhebung des Titels ein Schadensersatzanspruch auch dann nicht begründet ist, wenn der Titel auf Grund von Einwendungen aufgehoben worden ist, die erst nach der Vollstreckung entstanden sind[1]. Dies wird unabhängig von der Frage nach Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Vollstreckungshandelns des Gläubigers allein schon aus der die unbedingte Haftpflicht begründenden Interessenlage abgeleitet: Im Interesse des Gläubigers ist nämlich der Schuldner der Zwangsvollstreckung bereits ausgesetzt, bevor ihm das volle rechtliche Gehör gewährt worden ist.[2] Dem entspricht es, den Gläubiger auch die hiermit verbundene Gefahr tragen zu lassen; nicht jedoch kann man ihm auch das Risiko all' solcher Umstände aufbürden, die erst später, nach Vollstreckung des vorläufigen Titels entstehen und als Einwendungen im späteren Verlauf des Prozesses geltend gemacht werden.[3]

Wenn auch nach alledem der eigenwillige Lösungsversuch Kuttners nicht zu überzeugen vermag, so haben dennoch gerade seine gegen die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes geführten Überlegungen wesentlich zur Klärung der streitigen Problematik in der allgemeinen Diskussion beigetragen. Er war es, der die bis dahin nahezu einmütige Auffassung von der Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes mit aller Entschiedenheit angriff und schon allein hierdurch die Auseinandersetzung mit den streitigen Fragen neu belebte.[4] Auch nach Kuttner ist die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungshandelns des Gläubigers bis in die neueste Zeit vielfach angezweifelt und bestritten worden.[5] Doch ist es bis-

1) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 4; Stein-Jonas-Pohle § 717 II, 2; Rosenberg, Lehrb. § 174 IV 1a; Fischer-Fischerhof, S. 49.

2) Protokolle II, S. 674; ähnlich RGZ 108, 256. Vgl. Kleinfeller, S. 597, 598.

3) Fischer-Fischerhof, S. 49

4) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb.

5) Bernhardt, S. 50,52; M.Breit, S. 23 ff.; Lent Anm. in NJW 1956, 1762 mit deutlichen Anklängen an Kuttner a.a.O.; Rosenberg, Lehrb. § 170 III, 2; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm.2; BGH in DVBl 1963, 293; vgl. auch BGH NJW 1957, 1926 f.

lang nicht gelungen, eine andere, zufriedenstellende Erklärung für diese Haftpflicht zu finden. Man mag hierin bereits eine Bestätigung des Goldschmidtschen Satzes sehen, daß "die positivgesetzliche Ersatzpflicht ohne Verschulden in den §§ 302, 600, 717, 945 ZPO ohne Voraussetzung der objektiven Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes jedenfalls unerklärt" bleibe.[1)]

2. Teil: Die objektive Rechtswidrigkeit des Vollstrekkungshandelns des Gläubigers als Grundlage für dessen Ersatzpflicht nach § 717 Abs.2 ZPO

Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist gerade in neuerer Zeit hart umstrittenes Objekt wissenschaftlicher Diskussion, und die herkömmliche Lehre vom objektiven, am Erfolg ausgerichteten Unrechtsbegriff scheint einer neueren, durch Nipperdey[2)] begründeten Lehre eines personalen, handlungsbezogenen Unrechtsbegriffs weichen zu müssen. Doch kann hier zunächst die Frage der Widerrechtlichkeit nur auf der Grundlage der herkömmlichen, noch herrschenden Lehre[3)] erörtert werden, daß nämlich die Rechtswidrigkeit einer Handlung regelmäßig dann gegeben ist, wenn sie den schädigenden Eingriff in die geschützte Rechtssphäre Dritter verursacht.[4)]

Insbesondere im Schrifttum, das sich mit der Frage nach der Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vollstreckungshandelns und ihren Voraussetzungen befaßt, findet sich die Widerrechtlichkeit in den verschiedenartigsten Schattierungen: Man spricht von "materieller Rechtswidrigkeit" als einer solchen

1) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 2.
2) Nipperdey in NJW 1957, 1777 ff.; Enneccerus-Nipperdey, AT S.1277 ff.
3) H.Stoll in JZ 1958, 137 ff.; Staudinger-Werner 11. Aufl. Vorbem. 60 ff. zu § 276 BGB.
4) Larenz, Lehrb. II § 66 Ie.

nach materiellem - im Gegensatz zu prozessualem Recht.[1] So kommt es, daß beispielsweise Kuttner die "materielle Unrechtmäßigkeit, und damit die Rechtswidrigkeit überhaupt, schon um deswillen nicht als Grundlage der Haftpflicht des Vollstreckungsgläubigers ansieht, weil die Schadensersatzpflicht auch dann bestehe, "wenn die Klage aus rein prozessualen Gründen ... abgewiesen" werde.[2] Nach Geib ist das Vollstreckungshandeln des Gläubigers "publizistisch rechtmäßig, privatrechtlich jedoch rechtswidrig".[3] Hin und wieder[4], insbesondere bei Stein[5], begegnet man der Auffassung von einer relativen Rechtswidrigkeit: dem Schuldner gegenüber sei der Vollstreckungsbetrieb rechtswidrig, während er dem Staat gegenüber rechtens sei.

Indes, es gibt keine materielle oder prozessuale, privatrechtliche oder publizistische, relative oder absolute Rechtswidrigkeit, so daß die dargelegten aus dem Schrifttum bekannten Unterscheidungen zumindest terminologisch verfehlt und nur geeignet sind, Verwirrung und Unklarheit zu stiften. Denn für die Frage, ob ein Verhalten rechtmäßig oder rechtswidrig, erlaubt oder verboten ist, macht es keinerlei Unterschied, in welchem Teil unserer Gesamtrechtsordnung die Erlaubnis oder das Verbot enthalten sind. Wenn eine bestimmte Handlung durch irgendeinen Rechtssatz in irgendeinem Rechtsteil verboten ist, dann ist sie eben schlechthin verboten,[6] nicht nur materiellrechtlich oder privatrechtlich, oder nur dem Schuldner gegenüber. Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist ein einheitlicher und ausschließlicher, und eine und dieselbe Handlung kann nicht zugleich rechtmäßig und rechtswidrig sein[7], wenn es auch sehr wohl möglich ist, daß dieser oder jener Teil der in sich gegliederten Rechtsordnung - etwa nur das bürgerliche Recht oder das öffentliche Recht oder beide Rechte - Rechtsfolgen an die Vornahme der verbotenen Handlung knüpfen.[8]

---

1) Hellwig, Klagrecht, S. 24.
2) Kuttner, S. 18; ebenso Hellwig-Oertmann, System II, S. 166.
3) Geib, S. 99 ff., 237.
4) Hellwig, Anspruch, S. 149, Klagrecht, S.20 Anm.8.
5) Stein, Grundfragen, S. 18.
6) Zitelmann, Arch. für ziv. Prax. Bd. 99, S. 11.
7) H.A. Fischer, S. 115, 193; Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 128, 129; Engisch, Einheit der Rechtsordnung S. 58.
8) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 9, 10, 11.

1. Abschnitt: Die Rechtsbeziehungen zwischen Vollstreckungsgläubiger, Staat und Vollstreckungsschuldner

Nach allgemein gebräuchlicher Begriffsbestimmung versteht man unter Zwangsvollstreckung das im 8. Buch der ZPO geregelte, an strenge Voraussetzungen geknüpfte Verfahren, in dem staatliche Organe eigenverantwortlich hoheitliche Zwangsmittel anwenden, um einen regelmäßig privatrechtlichen Anspruch des Gläubigers gegen den säumigen Schuldner durchzusetzen. Dieser wird entweder im Wege mittelbaren Zwanges zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genötigt oder die staatlichen Vollstrekkungsorgane greifen in die Rechtssphäre des Schuldners ein, um unabhängig von seinem Willen den dem objektiven Recht entsprechenden Zustand selbst wiederherzustellen.[1)]

Neben dieser materiellen Begriffsbestimmung steht zugleich aber auch eine formelle: Vollstreckung ist begrifflich Vollzug eines Urteils, oder allgemeiner gesagt, eines Titels. Das Urteil, der Titel und sein Vollzug sind eng miteinander verknüpft; eine Zwangsvollstreckung ohne zugrunde liegendes Urteil, ohne Titel ist nicht denkbar.[2)]

Die erstgenannte materielle Begriffsbestimmung steht auf dem Boden der heute ganz überwiegend anerkannten Auffassung, daß die staatlichen Vollstreckungsorgane ihre Tätigkeit nicht etwa privatrechtlich als Vertreter des Gläubigers nach § 164 BGB im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertragsverhältnisses, sondern als Träger hoheitlicher Zwangsgewalt in eigener Verantwortung ausüben.[3)] Die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten zum Staat als dem eigenverantwortlichen Träger der Zwangsvollstreckung sind mithin nicht privater, sondern öffentlich-rechtlicher Natur[4)]; sie sind ab-

1) Schönke-Baur, Lehrb. § 1, 1; Baumbach-Lauterbach, Grundz. 1 A vor § 704 ZPO.

2) Guttmann, Urteilszustellung und Vollstreckungsbeginn, in: ZZP 29, 394 ff. (429).

3) Baumbach-Lauterbach, § 753, 1 A ZPO; Hellwig, Klagrecht, S. 18; Hellwig-Oertmann, Syst. II, S. 108 f.

4) Rosenberg, Lehrb. § 170 II 3.

schließend in den öffentlich-rechtlichen Normen über das Zwangsvollstreckungsverfahren geregelt.

A. Das Verhältnis Gläubiger - Staat

Die Zwangsvollstreckungsorgane werden niemals von sich aus, von Amts wegen tätig. Stets bedarf es eines bestimmten, förmlichen Vollstreckungsantrags des Gläubigers, um jenes hoheitliche Handeln der Vollstreckungsorgane auszulösen.[1] Das liegt darin begründet, daß die Zwangsvollstreckung der Verwirklichung des dem Gläubiger gegen seinen säumigen Schuldner zustehenden Rechts auf eine bestimmte Leistung dient, und weil ohne dessen erklärtes Interesse keine Veranlassung für ein staatliches Eingreifen besteht.[2] Eine entsprechende positivgesetzliche Regelung findet sich in den Vorschriften der §§ 753 ff. ZPO.[3]

Der Vollstreckungsantrag des Gläubigers ist in erster Linie darauf gerichtet, daß der Staat gegen den säumigen Schuldner "tätig werde".[4] Der Gläubiger "setzt die staatlichen Vollstreckungsorgane" mit seinem Vollstreckungsantrag "in Bewegung", er "entfesselt" die staatlichen "Zwangsmittel" zum Zwecke der Verwirklichung seines Anspruchs.[5] Erst in zweiter Linie, gleichsam als "Fernziel", über die staatlichen Organe als Mittler, verfolgt der Gläubiger mit seinem Antrage das Ziel des hoheitlichen Vollstreckungseingriffs als Erfolg der staatlichen Voll-

1) Baumbach-Lauterbach, Grundz. 6 A vor § 704 ZPO; Niese, S. 118.
2) Anders nach dem Recht der SBZ, das die Verwirklichung einer Forderung auch ohne ein erklärtes Interesse des Gläubigers von Amts wegen, in Erfullung einer übergeordneten sozialistischen Aufgabe zuläßt. (Vgl. Nathan, Das Zivilprozeßrecht der Deutschen Demokratischen Republik Bd. 2 S. 395 letzter Abs., 396 ff, 388 f).
3) Die privatrechtliche Ausdrucksweise "Auftrag" erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Vgl. hierzu Hellwig-Oertmann, Syst. II, S. 112.
4) Stein, Grundfragen, S. 18.
5) Hellwig, Klagrecht, S. 17 f.

streckungstätigkeit. Diese, hat sie der Gläubiger einmal ausgelöst, unterliegt eigenen Gesetzen. Die Vollstreckungsorgane handeln im Rahmen der strengen Regeln des Zwangsvollstreckungsrechts selbständig und eigenverantwortlich. Kommt es also zu dem vom Gläubiger gewollten Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners, so ist er zunächst die Folge des vom Gläubiger entfesselten eigenverantwortlichen staatlichen Handelns. Der Vollstreckungsantrag des Gläubigers bedingt den Eingriff nur mittelbar, dies allerdings nur in dem Sinne, als sich der Gläubiger des eigenverantwortlich handelnden Vollstreckungsorgans als seines Mittlers oder Werkzeuges zur Verwirklichung seines Zieles bedient.

Das hoheitliche Handeln der Vollstreckungsorgane, das unmittelbar, selbst, in die Rechtssphäre des Schuldners eingreift, nennen wir staatliche Vollstreckungstätigkeit.[1)] Das Handeln des Gläubigers, das einerseits die Vollstreckungstätigkeit der staatlichen Organe auslöst, andererseits über diese zugleich mittelbar den Eingriff in die Rechte des Schuldners herbeiführt, nennen wir Vollstreckungsbetrieb[1)] oder schlechthin das Vollstreckungshandeln des Gläubigers oder gläubigerisches Vollstreckungshandeln. Entsprechend jener oben gegebenen formellen Begriffsbestimmung ist der Vollstreckungsbetrieb nur als förmliches, tituliertes Vollstreckungshandeln denkbar und als solches, in bestimmter prozessualer Form vorgeschriebenes Handeln auf seine Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit hin zu überprüfen. Nur durch formgerechtes, tituliertes Handeln vermag der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner auszulösen. Diese unverkennbar starke Position des Gläubigers, nämlich daß er es selbst in der Hand hat, die staatlichen Zwangsmittel gegen seinen Schuldner durch formgerechten, titulierten Vollstreckungsantrag zu entfesseln, ist nach verbreiteter Auffassung[2)] Inhalt des sogenannten Vollstreckungsrechts oder Vollstreckungsanspruchs, eines subjektiv öffentlichen Rechts des Gläubigers gegen den Staat als Träger der Zwangsvollstreckung. Dies sei jedoch hier nur kurz erwähnt. Die Frage nach Berechtigung und Bedeutung des sogenannten subjektiven Vollstreckungsrechtes, das immer wieder als ein Argument gegen die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebs ins Feld geführt wird, und das gerade

1) Vgl. Fischer-Fischerhof, S. 42.

2) Früher als Vollstreckungs-Rechtsschutzanspruch: vgl. Hellwig, Klagrecht, S. 11, 12, 37; heute als "Unterfall des sogenannten Justizanspruchs"; vgl. Rosenberg, Lehrb. § 170 II, 2.

in diesem Zusammenhang die Höhe seines vielumstrittenen Ruhmes erlangt hat, soll eingehend an entsprechender, späterer Stelle erörtert werden.

B. Das Verhältnis Staat - Schuldner

Für die Beziehungen zwischen Gläubiger und Staat war entscheidend, daß jener es in eigener Verantwortung vermag, durch seinen formgerechten, titulierten Vollstreckungsantrag die staatliche Vollstreckungstätigkeit auszulösen. Im Verhältnis des vollstreckenden Staates zum Schuldner geht es nunmehr um diese vom Gläubiger durch seinen Antrag ausgelöste hoheitliche Vollstreckungstätigkeit, die unmittelbar den schädigenden Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners herbeiführt. Wie jedes hoheitliche Handeln staatlicher Organe, das in die Rechtssphäre der Staatsbürger eingreift, ist auch die Tätigkeit der Vollstreckungsorgane an strenge Voraussetzungen geknüpft, denn es ist eine Forderung des Rechtsstaatsgedankens, daß solche obrigkeitlichen Eingriffe in Rechte des einzelnen nur auf Grund genau umschriebener gesetzlicher Ermächtigungen erfolgen dürfen. So ist den Vollstreckungsorganen in den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsrechts und den landesrechtlichen Geschäftsanweisungen für Gerichtsvollzieher beinahe jeder Schritt genau vorgezeichnet. Wesentliche Voraussetzung der staatlichen Vollstreckungstätigkeit außer dem formgerechten Vollstreckungsantrag des Gläubigers ist es, daß dem zuständigen Vollstreckungsorgan ein gültiger Titel (§ 704 ZPO) in seiner vollstreckbaren Ausfertigung (§ 724 ZPO) vorliegt.[1] Die hier gewählte Formulierung soll einerseits verdeutlichen, daß allein der Vollstreckungstitel die wesentliche materielle Grundlage der staatlichen Vollstreckungstätigkeit bildet[2], ganz gleich, ob sie sich formell auf die Originalurkunde oder nur auf eine Ausfertigung dieses Originals stützt. Zum anderen soll sie zugleich aber auch die notwendige, nicht hinwegzudenkende Verbindung von Titel

1) Vgl. Weismann, Lehrb. II, 41.

2) Weismann, a.a.O.; Hellwig, Klagrecht, S. 16; Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 5; Langheineken, S. 164; Niese, S. 118; Baumbach-Lauterbach, Grundz. 3 A-E vor § 704; Guttmann, S. 429.

und seiner Ausfertigung dartun, die durch die Klausel als amtlicher Bescheinigung der dem Titel ohnehin anhaftenden Vollstreckbarkeitseigenschaft[1] zur vollstreckbaren Ausfertigung wird. Denn begrifflich ist die Ausfertigung einer Urkunde ohne ein zugrunde liegendes Original nicht denkbar; dieses wird durch die Ausfertigung als ein lediglich formelles Minus ersetzt; in ihrer notwendig materiellen Übereinstimmung tritt sie formell an die Stelle des Originals. Das gebieten Zweckmäßigkeit und die mannigfachen Erfordernisse der Praxis, denen mit einer formellen Ausschließlichkeit und Unmittelbarkeit der Urteilsurkunde unerträgliche Fesseln angelegt würden, ganz abgesehen davon, daß auch stets der schwer wiedergutzumachende Verlust des Originals zu befürchten wäre.

Materiell, d.h. für die sachliche Grundlage staatlicher Vollstreckungstätigkeit macht es keinen Unterschied, ob sich die Tätigkeit der Vollstreckungsorgane auf das Urteilsoriginal oder nur auf dessen vollstreckbare Ausfertigung gründet, und daß durch die Klausel die dem Urteil ohnehin eigene Vollstreckbarkeitseigenschaft zur Entlastung der Vollstrekkungsorgane ausdrücklich und bindend festgestellt wird. Es ist daher unverständlich und irreführend, wenn die Meinung vertreten wird, nicht der Titel, sondern nur seine vollstreckbare Ausfertigung gebe die entscheidende Grundlage für die staatliche Zwangsvollstreckungstätigkeit ab.[2]

Sicherlich ist es richtig, daß sich die Vollstreckungsorgane in aller Regel darauf verlassen dürfen und müssen, daß die vollstreckbare Ausfertigung dem Original entspricht, daß überhaupt ein solches existiert, und daß es sich bei der ihnen ausgehändigten Ausfertigungsurkunde nicht um eine Fälschung handelt. Doch kann hier gewiß nichts anderes gelten, als wenn die Vollstreckungsorgane auf Grund des Urteilsoriginals selbst und unmittelbar tätig würden: In aller Regel könnten und müßten sie sich auf die Echtheit der Urkunde verlassen; jedoch wenn schwerlich übersehbare, offenkundige Mängel an der Echtheit der Urkunde feststellbar wären, hätten sie die Pflicht, die Vollstreckung zu verweigern und jenen Mängeln nach-

1) Baumbach-Lauterbach, Grundz. 3 H vor § 704.

2) Hein, Identität I S. 119, 189; unklar Rosenberg, Lehrb. § 170 III: "Der Vollstreckungsanspruch hat nur den Titel, seine Ausübung die Vollstrekkungsklausel zur Voraussetzung."

zugehen. Sie würden sich sonst dem Vorwurf schuldhaft rechtswidrigen Handelns aussetzen, wenn sie dieses Mindestmaß an Sorgfalt nicht beachteten, und es scheinen mir in diesem Falle nicht nur die mit den normalen Rechtsmitteln gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegebenen Möglichkeiten, sondern darüber hinaus auch das Recht zum Widerstand gegen die offensichtlich rechtswidrigen Maßnahmen der Beamten gegeben zu sein.

Die allein entscheidende Bedeutung des Titels folgt aus der Überlegung, daß nur er Gegenstand und Richtung der Zwangsvollstreckung ergibt, also in sachlicher wie in personeller Beziehung das Eingreifen der Vollstreckungsorgane begrenzt.[1] Er ist daher unentbehrliche Grundlage staatlicher Vollstreckungstätigkeit und mithin auch begriffswesentliche Voraussetzung der Pfändung[2] und Verstrickung[3] Diese Auffassung wird bestätigt durch die Vorschrift des § 717 Abs. 1 ZPO, wonach mit der Aufhebung oder Abänderung des Titels als unmittelbare gesetzliche Folge jeder weiteren Zwangsvollstreckung die Grundlage entzogen wird. Hieraus folgt zugleich aber auch, daß ein materiell oder formell fehlerhafter Titel bis zu seiner Aufhebung eine hinreichende Grundlage für die Zwangsvollstreckung bildet.

Eine Vollstreckung ohne gültigen Titel hingegen ist keine Vollstreckung, d.h. sie ist nichtig. Ob der Titel zur Zeit der Vollstreckung ganz fehlt oder ob ihm formale Mängel die Kraft nehmen, wie wenn beispielsweise die Unterschrift der erkennenden Richter fehlt, ist gleich; die staatliche Vollstreckungstätigkeit ist unwirksam, nichtig und rechtswidrig. Das entspricht wiederum unserem formellen Zwangsvollstreckungsbegriff.[4]

Die Rechtmäßigkeit staatlicher Vollstreckungstätigkeit setzt ferner voraus, daß das zu vollstreckende Urteil dem Schuldner zugestellt ist oder wenigstens zugleich mit der Vollstreckung zugestellt wird. Darüber hinaus betreffen zahlreiche Vorschriften die Art und Weise, das "Wie" der Zwangs-

1) Schwinge, S. 49; Rosenberg, Lehrb. § 170 III 1.
2) Schwinge, a.a.O.; Oertmann in Arch. für ziv. Prax. 107, 213; Stein, Grundfragen, S. 11; Guttmann in ZZP 29, 429.
3) RGSt 9, 403; 26, 287; Schwarz-Dreher § 137, 1 B; Leipz.K. § 137 Anm. 2; Schwinge a.a.O.

vollstreckung: Der Gerichtsvollzieher hat sich nach § 808 ZPO nur darum zu kümmern, ob sich die zu pfändende Sache "im Gewahrsam des Schuldners" befindet, ob diese Sache evtl. Eigentum eines Dritten ist, hat der Gerichtsvollzieher nicht zu prüfen. Das Gesetz knüpft hier an die dem Besitz anhaftende Eigentumsvermutung (§ 1006 BGB) an. Weitere Beispiele enthalten die Bestimmungen über die Pfändung bei Nacht oder in Abwesenheit des Schuldners sowie an Sonn- und Feiertagen, über das Kenntlichmachen der im Gewahrsam des Schuldners belassenen Pfandsachen, über das Verbot der Überpfändung sowie der Pfändung in pfändungsfreies Vermögen. Ferner das Gebot öffentlicher Versteigerung, die frühestens eine Woche nach der Pfändung erfolgen darf, und viele andere Vorschriften mehr.

In der Macht des Gläubigers liegt es zwar, die staatliche Vollstreckungstätigkeit überhaupt auszulösen. Doch hat er keinen Einfluß auf die Art und Weise ihrer Durchfuhrung.[1] Dem widerspricht es nicht, daß er dem Gerichtsvollzieher bestimmte Hinweise, etwa auf eine neuerlich im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache, geben darf, und daß diese auch in aller Regel vom Gerichtsvollzieher befolgt werden. Denn diese Weisungen binden den Gerichtsvollzieher nur, wenn ihre Befolgung zum Beispiel die der Weisung entsprechende Pfändung, gesetzlich zulässig ist. Das jedoch hat der Gerichtsvollzieher im Interesse eigenen recht- und pflichtmäßigen Handelns zu prüfen. Hier zeigt sich wiederum die eigenverantwortliche Stellung der Vollstreckungsorgane bei ihrer Tätigkeit, denn wer wollte den Gläubiger, der keinerlei Einfluß auf das nähere "Wie" des Vollstreckungshandelns hat, für ein Versehen des Gerichtsvollziehers bei der Art und Weise der Vollstrekkung haftbar machen? Zugleich wird auch deutlich, daß außer dem Titel in seiner vollstreckbaren Ausfertigung eine Vielzahl anderer Voraussetzungen Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der staatlichen Vollstreckungstätigkeit bedingen, als sie auf der Gegenseite im Verhältnis des Gläubigers zu den Vollstreckungsorganen vorzuliegen brauchen, um nämlich mit dem formgerechten Antrag deren Vollstreckungstätigkeit auszulösen. Das ist insofern bedeutsam, als bisweilen die Auffassung vertreten wird, die staatliche Vollstreckungstätigkeit sei in ihren Voraussetzungen das kongruente Gegenstück des Vollstreckungsbetriebes.[2] Das trifft nur insoweit zu, als eben die

1) Baumbach-Lauterbach, Grundz. 1 C vor § 704 ZPO.

2) Hellwig-Oertmann, Syst. II, S. 146: "Dem Vollstreckungsanspruch des Gläubigers gegen den Staat entspricht als selbstverständliche Folgeerscheinung ein Vollstreckungsrecht des Staates gegen den Schuldner."

formellen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen der Vollstreckungsantrag die Zwangshandlungen der Vollstreckungsorgane auslöst, auch, und zugleich mit anderen Voraussetzungen die Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit jenes Handelns bedingen.

C Das Verhältnis Gläubiger - Schuldner

Im Verhältnis des Gläubigers zum Staat und des Staates zum Schuldner kommt es, wie wir sehen, im wesentlichen auf die Existenz eines gültigen Titels, nicht jedoch darauf an, ob auch der materielle, vollstreckbare Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner besteht. Das gilt sowohl für den Vollstreckungsantrag des Gläubigers als auch für die durch ihn ausgelöste hoheitliche Vollstreckungstätigkeit. Der Schuldner, der sich wegen Fehlens des materiellen Anspruchs der titulierten Vollstreckungstätigkeit der Vollstreckungsorgane widersetzt, macht sich wegen ungerechtfertigten Widerstandes nach § 113 StGB oder wegen Pfandbruches nach § 137 StGB strafbar.[1] Der Schuldner muß also, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden oder sich ihr zu Recht widersetzen zu können, wegen Nichtbestehens des vollstreckbaren Anspruchs entweder die Beseitigung des Titels im Verlauf des noch nicht abgeschlossenen Erkenntnisverfahrens oder durch Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung auf dem Wege über die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO zu erreichen suchen.

Der Feststellung von der Unabhängigkeit des prozessualen Vollstreckungsrechtsverhältnisses zwischen Gläubiger, Staat und Schuldner vom materiellen Anspruch begegnet man bisweilen mit dem Hinweis auf die Vorschrift des § 775 Ziff. 4, 5 ZPO.[2] Jedoch zu Unrecht; denn einerseits ist nach § 775 Ziff. 4, 5 ZPO für die Einstellung der Zwangsvollstreckung die Befriedigung des Gläubigers, also das Erlöschen des Anspruchs weder erforderlich noch ausreichend, andererseits ist die Vollstreckungseinstellung nach § 775 Ziff. 4, 5 ZPO lediglich eine einstweilige, und auch die bisher getroffenen Vollstreckungsmaßregeln bleiben bestehen. Der

1) Rosenberg, Lehrb. § 170 III 2.
2) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 25.

Schuldner muß auch hier die Aufhebung des Titels oder die Unzulässigkeitserklärung der Vollstreckung herbeiführen, um diese endgültig abzuwenden. Daß andererseits die Befriedigung des Gläubigers zur vorläufigen Einstellung der Vollstreckung weder ausreichend noch erforderlich ist, zeigt sich an folgendem: einmal wird keineswegs in allen Fällen die erfolgte Befriedigung des Gläubigers als Grund für die Einstellung der Zwangsvollstreckung gewertet, sondern nur der Umstand, daß eine "öffentliche Urkunde oder eine von dem Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus der sich ergibt, daß der Gläubiger nach Erlaß des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat." Nicht einmal das Zugeständnis des Gläubigers, sein Schuldner habe gezahlt, reicht zur Einstellung der Vollstreckung aus. Zum anderen zeigt sich am Beispiel des Postscheins, daß ein "Weniger" als die wirkliche Befriedigung des Gläubigers zur Einstellung genügt, denn da Geldschulden gemäß § 270 BGB Schickschulden sind[1], die Übermittlung also auf Gefahr des Schuldners geschieht, ist die Schuld mit der Einzahlung an die Post keineswegs getilgt. Es ist aber nicht unbedingt ausgeschlossen, daß der Gläubiger das eingezahlte Geld nicht ausbezahlt erhält. Sicherlich spricht eine starke tatsächliche Vermutung dafür, daß der Gläubiger befriedigt ist, die endgültige Klärung dieser Frage bleibt jedoch dem Verfahren nach § 767 ZPO vorbehalten. Ist die Vollstreckung hier endgültig für unzulässig erklärt, dann wird sie auch endgültig eingestellt, und die bisherigen Vollstreckungsmaßregeln werden nach §§ 775 Ziff. 1, 776 S.1 ZPO aufgehoben.

Hierin zeigt sich, daß die Vorschrift des § 775 Ziff. 4, 5 i.V. mit § 776 S.2 ZPO eher für als gegen eine Unabhängigkeit des Zwangsvollstreckungsverfahrens vom materiellen Anspruch spricht.[2]

Wenn auch im Verhältnis des Gläubigers zum Staat und des Staates zum Schuldner nach alledem der materielle Anspruch keine Rolle spielt, so ist er andererseits aus dem Verhältnis des die Vollstreckung betreibenden Gläubigers zum Schuldner nicht hinwegzudenken. Das zeigt beispielsweise jene, die Gläubigerinteressen gegenüber böswilligen Schuldnern schützende Vorschrift des § 288 StGB, wonach das Delikt der Vollstreckungsvereitelung

1) Larenz, Lehrb. I § 17 IV c.

2) Vgl. Oertmann in Arch. für ziv.Prax. 107 ff.; Stein, Grundfragen, S.16.

stets einen begründeten materiellen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner voraussetzt.[1] Dies im Gegensatz zu den §§ 113 und 137 StGB, die im Verhältnis zum Staat den materiellen Anspruch nicht berücksichtigen. Mit dem Hinweis auf die Vorschrift des § 288 StGB im Gegensatz zu den §§ 113 und 137 StGB soll freilich nicht gesagt sein, daß Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes allein vom Bestehen oder Nichtbestehen des materiellen Anspruches abhängen, denn dann bliebe es ungeklärt, weshalb die Schadensersatzpflicht des Gläubigers nach § 717 Abs.2 ZPO auch dann besteht, wenn das Urteil in der Folgeinstanz aus rein formalen Gründen, etwa wegen Unzuständigkeit des Gerichtes, trotz Bestehen des materiellen Anspruches aufgehoben wird. Nur soviel soll gesagt sein, daß zu den wesentlichen Faktoren, die das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner bestimmen, auch der materielle Anspruch gehört, daß also für die Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner wesentlich andere Gesichtspunkte maßgebend sind als es im Verhältnis dieser zum Staat und seinen Organen der Fall ist. Welche Faktoren im einzelnen die rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner in der Zwangsvollstreckung bestimmen, mag zunächst noch offenbleiben. Doch eines steht fest: die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts regeln auf der Grundlage der Subordination das Verhältnis sowohl des Gläubigers als auch des Schuldners zum Staat. Die Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner, die rein privatrechtlicher Natur sind, können und sollen nicht von jenem öffentlich-rechtlichen Teil der Rechtsordnung erfaßt werden; das bestätigt insbesondere Rosenberg[2], wenn er feststellt: "Daher besteht das Vollstreckungsrechtsverhältnis überhaupt nicht zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern zwischen Staat und Gläubiger auf der einen, zwischen Staat und Schuldner auf der anderen Seite."

Das entspricht Sinn und Aufgabe des Zwangsvollstreckungsrechts nämlich den Verantwortungsbereich der staatlichen Vollstreckungsorgane gegenüber Schuldner und Gläubiger abzugrenzen, nicht aber das Sollen und Dürfen im Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner zu umreißen.

---

1) Schönke-Schröder § 288 StGB Anm.II 2.

2) Rosenberg, Lehrb. § 170 II 3.

2. Abschnitt: Die verschiedenen Versuche, die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes zu begründen

Im Mittelpunkt aller Lösungsversuche, die sich die Frage nach der Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes gestellt haben, steht jenes sogenannte subjektive Vollstreckungsrecht, dessen so mannigfach verschiedener beurteilter abstrakter oder konkreter, publizistisch formaler oder materieller, relativer oder absoluter, provisorischer oder definitiver Charakter jeweils auch für die Begründung der Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes ausschlaggebend ist.

A. Der Lösungsversuch Hellwigs

Hellwig vertritt die Auffassung vom Bestehen eines konkreten Vollstreckungsanspruches des Gläubigers gegen den Staat. Diesen Anspruch stellt er als eine Art des sogenannten Rechtsschutzanspruches an. Er unterscheidet sich jedoch von den übrigen Erscheinungsformen dieses Rechtsschutzanspruches, in Sonderheit von dem konkreten Klagrecht (dem Urteilsanspruch), als dem Recht auf eine bestimmte, günstige gerichtliche Entscheidung darin, daß er nicht wie diese materiellrechtlich durch den Zivilrechtsanspruch, sondern lediglich prozessual durch die Existenz eines gültigen Vollstreckungstitels bedingt ist. Er besteht "um des in der Verurteilung vorausgesetzten zivilen Anspruchs" willen.[1] Seine Entstehung unterliegt "nicht den Normen des Privatrechts", sondern sie regelt sich "nach dem Prozeßrecht". Er wird "durch das Urteil oder durch die sonstigen Vollstreckungstitel erzeugt", und ist "solange wirksam, bis die Vollstreckungskraft des Titels (durch Vollstreckungsgegenklage, "Widerspruchsklage") wieder aufgehoben" ist.[2] Es ist also der Vollstreckungsanspruch "kein Privatrecht, sondern ein prozessuales, also publizistisches Recht".[3] So wie sich Hellwigs Vollstreckungsanspruch in seinen Voraussetzungen vom sogenannten konkreten Klag-

1) Hellwig, Klagrecht, S. 17, 19, Anspruch, S. 37
2) Hellwig, Klagrecht, S. 19.
3) Hellwig a.a.O., S. 19, 20.

recht unterscheidet, ist auch der Inhalt beider Rechte verschieden: Inhalt des Vollstreckungsrechtes ist nach Hellwig, daß der Gläubiger "die staatlichen Vollstreckungsorgane in Bewegung setzen kann, damit durch die Entfesselung der staatlichen Machtmittel derjenige rechtliche oder tatsächliche Zustand hergestellt wird, auf dessen Herbeiführung der in der Verurteilung usw. vorausgesetzte Privatrechtsanspruch gerichtet ist".[1] Steht dem Gläubiger ein solches Vollstreckungsrecht zu, dann bedeutet das keineswegs, "daß der Staat nun ohne weiteres vollstrecken müsse, sondern nur, daß er es tun müsse, wenn jener es verlange".[2] Stellt er Gläubiger seinen Vollstreckungsantrag, so begründet er damit "nicht etwa erst die staatliche Vollstreckungspflicht", sondern er macht "von einem schon bestehenden Rechte, die Vollstreckung zu verlangen, Gebrauch".[3] In dem Antrag liegt also "die zur Durchsetzung dieses Rechts erforderliche Ausübung desselben gegenüber dem Vollstreckungsorgan." Der Antrag begründet lediglich "das Prozeßverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem gewählten staatlichen Organ". Dieses Verhältnis entsteht auch dann, wenn ein unbegründeter Antrag gestellt wird.[4]

Das Ergebnis dieser Überlegungen Hellwigs für unsere Problematik ist folgendes: Die scharfe Scheidung der beiden Rechte, des prozessualen Vollstrekkungsrechts gegen den Staat und des materiellen Anspruchs gegen den Schuldner ermögliche die richtige Beurteilung der Situation, wenn derjenige, der die Zwangsvollstreckung betreibe, "zwar Gläubiger im Sinne des Prozeßrechts (= Vollstreckungsberechtigter)" sei, "privatrechtlich aber keinen Anspruch gegen den Schuldner" habe.[5]

Wäre nämlich das Vollstreckungsrecht ein Recht gegen den Schuldner, so könnte nach dem Satze, qui suo iure utitur, neminem laedit, keine Rede von einer Schadensersatzpflicht des Gläubigers wegen ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung sein.[6] Zweifellos sei er aber schadensersatzpflichtig, und zwar schlechthin in den Fällen der §§ 717, 302, 600 ZPO, bei der Vollstreckung rechtskräftiger Urteile, die im Restitutionsverfahren aufgehoben wurden, wenn

1) Hellwig, Klagrecht, S. 18.
2) Hellwig a.a.O., S. 20.
3) ebda.
4) Hellwig a.a.O., S. 21.
5) Hellwig a.a.O., a.a.O., S. 22/23.
6) Hellwig, Klagrecht, S. 23, 24.

ihn der Vorwurf des Verschuldens treffe. Hierin liege kein Widerspruch, da das Vollstreckungsrecht "lediglich ein prozessuales Recht gegen den Staat" sei. Dieser sei dem Gläubiger gegenüber zur Zwangsvollstreckung verpflichtet, und der Schuldner müsse sie "nicht etwa kraft einer speziellen, dem Gläubiger gegenüber bestehenden Duldungspflicht, sondern deshalb über sich ergehen lassen, weil er der Staatsgewalt unterworfen" sei.[1] Demnach sei es "sehr wohl möglich, daß die Betreibung der Zwangsvollstreckung, wenngleich sie prozessual "rechtmäßig" sei, "materiellrechtlich (dem Schuldner gegenüber) als rechtswidrig" gelte.[2]

B. Der Lösungsversuch Geibs

Geib lehrt, daß der Gläubiger, der im Besitze eines Vollstreckungstitels gegen den Schuldner sei, beantragen könne, daß die staatliche Zwangsgewalt entsprechend dem Titel gegen den Schuldner in Bewegung gesetzt werde[3]; er könne die Zwangsvollstreckung "begehren". Dieses "Vollstreckungsbegehren", ein Unterfall des "Rechtsschutzbegehrens", sei ein publizistisch subjektives Recht gegen den Staat[4] und unabhängig vom materiellen Anspruch.[5] Doch könne dieses Recht nicht erzwungen werden; trotz hinreichender Bestimmtheit bestehe kein Vollstreckungsanspruch[6], denn der Staat handele im eigenen Interesse und in Erfüllung einer ihm selbst obliegenden Aufgabe.[7] Er habe die Selbsthilfe verboten, um die öffentliche Ordnung und den öffentlichen Frieden zu gewährleisten, sich jedoch damit zugleich verpflichtet, dem Gläubiger die öffentliche Zwangsgewalt zur Verfügung zu stellen, damit er so seinen Privatrechtsanspruch zwangsweise befriedigen könne. Geib versteht also das sogenannte Vollstreckungsrecht im Gegensatz zu Hellwig nicht im Sinne eines Vollstrekkungsanspruchs, sondern als bloße rechtlich gesicherte Vollstreckungsmöglichkeit,[8] wenn auch Voraussetzungen und Inhalt hier wie dort dieselben sind.

1) Hellwig, Klagrecht, S. 23, 24.
2) ebda.
3) Geib, S. 94.
4) Geib, ebda.
5) Geib, S. 48
6) Geib, S. 94, 152.
7) Geib, S. 95.
8) Geib, S. 68.

Im übrigen gilt nach Geib folgendes: Zwangsvollstreckung bedeutet einerseits - nämlich mit Blickrichtung auf den sie betreibenden Gläubiger - "die zwangsweise Realisierung des klägerischen zivilistischen Anspruchs". Demnach "steht und fällt das Recht zu ihrer Betreibung dem Schuldner gegenüber mit dem Vorhandensein oder Fehlen eines gegen diesen sich richtenden materiellen Befriedigungsanspruchs"[1]. Zum anderen - mit Blickrichtung auf den vollstreckenden Staat - ist Zwangsvollstreckung schlechthin "Betätigung staatlicher Vollstreckungsmacht, die dem Schuldner gegenüber vorgenommen wird, nicht auf Grund des gegen ihn bestehenden privatrechtlichen Anspruchs, sondern in Kraft der staatlichen Zwangsgewalt, welcher der Schuldner schlechthin unterworfen ist, ganz ohne Rücksicht darauf, ob er dem Gläubiger eine Leistung schuldet oder nicht."[2] Das staatliche Zwangshandeln ist rechtens, sofern es sich nur innerhalb der Schranken des Prozeßrechts bewegt. Der Schuldner, gegen den die Vollstreckung betrieben wird, bekommt also "die Ausübung eines doppelten Rechts zu spüren: des gläubigerischen Leistungsanspruchs, speziell der diesem immanenten Erzwingbarkeit auf der einen, und der Zwangsgewalt des Staates auf der anderen Seite."[3] Das ergibt für die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes, daß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber "immer nur solange im Recht ist, als sein materieller Anspruch reicht. Denn im Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner bedeutet der Vollstreckungsbetrieb nichts anderes als "Betätigung der Erzwingbarkeit des materiellen Anspruchs."[4] Fehlt der Anspruch, dann handelt der Gläubiger dem Schuldner gegenüber objektiv rechtswidrig, "selbst dann, wenn er durch den Vollstreckungstitel das publizistische Recht dem Staat gegenüber auf Entfesselung der staatlichen Zwangsgewalt erlangt und diese seine Befugnis ordnungsgemäß ausgeübt haben sollte."[5] Sowohl die Betätigung der Erzwingbarkeit des materiellen Anspruchs als auch die Entfesselung staatlicher Zwangsgewalt auf Grund der formell bedingten Vollstreckungsbefugnis, das Vollstreckungsbegehren gegenüber dem Staat, sind beide zugleich im Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers

1) Geib, S. 67.
2) Geib, ebda.
3) Geib, S. 67.
4) Geib, S. 68.
5) ebda.

enthalten.[1] Indem der Gläubiger gegen den Schuldner die Vollstreckung beantragt, "betätigt er sein eigenes Recht, und zwar gegenüber dem Schuldner die Erzwingbarkeit des materiellen Anspruchs, dem Staat gegenüber das publizistische Recht auf Mobilisierung der staatlichen Zwangsgewalt"[2]. Das Vollstreckungsbegehren als ein Unterfall des Rechtsschutzbegehrens ist zugleich die Form, in welcher der Gläubiger dem Schuldner gegenüber die Erzwingbarkeit des materiellen Anspruchs betätigt.[3]

Auf die Frage der Gläubigerhaftpflicht nach § 717 Abs.2 ZPO gibt Geib eine überraschende Antwort: er reiht sie ein unter die Fälle der Gefährdungshaftung, eine Haftung bei zwar erlaubtem, aber gefährlichem Tun. Diese Gefährdungshaftung sei weder an das "Vollstreckungsbegehren" noch an die staatliche Vollstreckungstätigkeit geknüpft, sondern sei "vielmehr von Rechts wegen verbunden mit der Anspruchsbetätigung, welche in Form des Exekutionsbetriebes vom Gläubiger dem Schuldner gegenüber vorgenommen" werde. "Die Gefahr nicht der Abänderung oder Aufhebung des Titels . . . sondern lediglich der noch nicht erfolgten rechtskräftigen Feststellung des materiellen Anspruchs" bilde "daher den Gegenstand der Gefährdungshaftung des § 717 Abs.2 ZPO."[4]

C. Der Lösungsversuch Steins

Stein befürwortet ebenso wie Hellwig die Existenz eines formal bedingten subjektiv öffentlichen Rechts im Sinne eines Vollstreckungsanspruchs des Gläubigers gegen den Staat auf Betätigung seiner Zwangsgewalt. Dementsprechend sei auch die Berechtigung des Staates zur Zwangsvollstreckung allein von formalen Voraussetzungen abhängig.[5] Die Frage nach der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes beantwortet Stein folgendermaßen: Wenn der Gläubiger auch vermöge des Titels das Recht auf die Vollstreckung habe, d.h. den Anspruch darauf, daß der Staat

1) Geib, S. 73.
2) ebda.
3) Geib, S.68, 106.
4) Geib, S. 106.
5) Stein, S. 18.

gegen seinen Schuldner tätig werde, und wenn daraus auch folge, daß er mit der Geltendmachung dieses Anspruchs nur sein Recht gegen den Staat ausübe, so könne doch diese dem Staat gegenüber rechtmäßige Handlung einem anderen gegenüber zugleich eine rechtswidrige Handlung sein. Nicht als ob in dem Vollstreckungsantrage des Gläubigers zwei verschiedene Handlungen zu sehen wären, sondern deshalb, weil wir uns auf dem Gebiete der relativen Rechte befänden und die Rechtsordnung sehr wohl ein Recht gegen den einen verleihen könne, dessen Gebrauch einem anderen gegenüber rechtswidrig, vielleicht deliktisch sei.[1] Erläuternd führt Stein das vielerörterte "Jagdscheinbeispiel" an: Wer eine Jagdkarte gelöst habe, sei dem Staat gegenüber zur Jagdausübung berechtigt, und doch könne er damit zugleich ein Delikt gegen den Jagdberechtigten begehen, ebenso wie im umgekehrten Falle der Jagdberechtigte sich durch Ausübung seines Rechtes ohne Jagdschein dem Staat gegenüber strafbar machen könne.[2] Hiernach gelangt Stein zu dem Schluß, daß der Vollstreckungsgläubiger, der auf Grund des Titels nur ein Recht gegen den Staat habe, dennoch gegen seinen Schuldner rechtswidrig handele, wenn er dieses Recht gebrauche, ohne daß ihm gegenüber dem Schuldner ein materieller Anspruch zustehe.[3]

Für die Haftung des Vollstreckungsgläubigers nach § 717 Abs.2 ZPO gibt Stein folgende Erklärung: für diejenigen Fälle, in denen der Titel wegen fehlenden materiellen Anspruchs aufgehoben werde, handele es sich bei der Ersatzpflicht lediglich um "eine Verschärfung der ohnedies dem Gläubiger nach § 823 BGB drohenden Schadenshaftung". Dort jedoch, wo das Urteil aus prozessualen Gründen, ohne Entscheidung über das Nichtbestehen des Anspruchs, aufgehoben werde, sei dem Gläubiger die Gefahrhaftung für die Ausübung des Vollstreckungsrechtes deshalb auferlegt, weil diese besonderen Titel durch den Ausspruch vorläufiger Vollstreckbarkeit . . . ihm deutlich zeigten, daß er noch kein endgültiges Vollstreckungsrecht habe, wenn er auch ein solches unter auflösender Bedingung besitze.[4] Hier taucht bereits der Gedanke eines auflösend bedingten formalen Vollstreckungsrechts auf, der später wieder aufgegriffen wurde, um allein mit

1) Stein, S. 18.
2) ebda.
3) Stein, S. 19.
4) ebda.

seiner Hilfe den vermeintlichen Widerspruch zwischen der Existenz jenes behaupteten publizistischen Vollstreckungsrechts und seiner Ausübung einerseits und der objektiven Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes andererseits zu lösen.[1)]

D. Der Lösungsversuch Goldschmidt's

Goldschmidt wählt gegenüber Hellwig, Geib und Stein einen grundverschiedenen, völlig anderen Weg zur Lösung des scheinbaren Widerspruchs von prozessualer Rechtmäßigkeit und materiellrechtlicher Widerrechtlichkeit ein und derselben Gläubigerhandlung. Er geht bei seinen Überlegungen von der Existenz eines konkreten Rechtsschutzanspruches aus, eines Rechtes auf eine bestimmte, günstige, dem materiellen Recht des Klägers oder Gläubigers entsprechende gerichtliche Entscheidung oder prozessuale Handlung.[2)] Dieser Rechtsschutzanspruch in seinen verschiedenen Erscheinungsformen sei jedoch weder dem Prozeßrecht noch dem Privatrecht zu entnehmen. Jenem sei er wegen seines bestimmten Inhalts nicht angemessen,[3)] denn der Prozeß sei nur als Durchgang zu jener erstrebten, bestimmten gerichtlichen Entscheidung aufzufassen, er beinhalte die Entwicklung zu dieser Entscheidung hin. Das Prozeßrecht ergebe, wie die Entscheidung zu finden, nicht welcher Inhalt ihr zu geben sei.[4)] Aus diesem, dem Privatrecht, folge der Rechtsschutzanspruch schon um deswillen nicht, weil es im Gegensatz zum Strafrecht ein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Untertan nicht schaffen könne.[5)] Der Rechtsschutzanspruch wurzele vielmehr in einem besonderen Recht, dem sogenannten materiellen Justizrecht.[6)] Dies sei "kein verkapptes Zivilprozeßrecht, . . . aber auch nicht etwa ein Zwischengebiet zwischen Privatrecht und Prozeßrecht." Es sei "vielmehr - wenigstens in der Hauptsache - das bürgerliche Recht selbst, umgedacht als Inbegriff von Rechtsregeln für das Verhältnis der Individuen zum rechtsschutzpflichtigen Staat."[7)] Das subjek-

1) Vgl. Hellwig-Oertmann, Syst. II, S. 165 f.; v. Tuhr AT II, 2 (S. 455).
2) Goldschmidt, Mat. Justizrecht, S. 88.
3) Goldschmidt, a.a.O., S. 97.
4) Goldschmidt, a.a.O., S. 93, 94, 96.
5) Goldschmidt, a.a.O., S. 87.
6) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 39.
7) Goldschmidt, Festschrift für Brunner, S. 109 ff., Sonderabdruck S. 12 ff.

tive Recht des materiellen Justizrechts, der Rechtsschutzanspruch, sei in der Hauptsache, trotz aller seiner Unabhängigkeit von ihm, "das subjektive Privatrecht in seiner Richtung gegen den rechtsschutzpflichtigen Staat".[1] Ein Unterfall des Rechtsschutzanspruchs sei der Vollstreckungsanspruch, der ebenfalls auf ganz konkrete in die Privatrechtslage eingreifende Handlungen gerichtet sei. Ebenso wie der konkrete Rechtsschutzanspruch habe er das Bestehen des Privatrechtsanspruchs zur Voraussetzung. Fehle dieser, dann sei auch der Vollstreckungsanspruch nicht gegeben.[2] Da sich dieser Rechtsschutzanspruch gegen den Staat richtet und von ihm erfüllt werden muß, ist es nur eine logische Folgerung, wenn Goldschmidt feststellt: Der Rechtsschutzanspruch der einen Partei und das Recht des Staates gegenüber der anderen Partei seien "komplementäre Rechte".[3] Der Staat erläßt danach nur dann zu Recht ein Urteil oder vollstreckt zu Recht, wenn der Rechtsschutzanspruch des Gläubigers besteht. Da Rechtsschutzanspruch und Vollstreckungsanspruch, Rechtsschutzpflicht und Vollstreckungspflicht vom Bestehen des materiellen Anspruchs abhängig sind, ist die Vollstreckungstätigkeit des Staates ebenso wie der gläubigerische Vollstreckungsbetrieb rechtswidrig, wenn der Privatrechtsanspruch fehlt. Doch sei das Handeln der Vollstreckungsorgane trotz Fehlens des Privatanspruchs rechtmäßig, denn ihre Tätigkeit sei durch verbindlichen Dienstbefehl gedeckt.[4] Anderenfalls werde nämlich der unlösbare Konflikt hervorgerufen, daß der Beamte wegen der Verbindlichkeit einen rechtswidrigen Befehl ausführen müsse und ihm entgegengesetzten Widerstand zu brechen hätte, während der Betroffene sich wegen der Widerrechtlichkeit wehren dürfe.[5]

Neben einem konkreten Vollstreckungsanspruch erkennt Goldschmidt ein weiteres subjektiv öffentliches Recht des einzelnen gegen den Staat an, das darauf gerichtet ist, daß eine Entscheidung unter Beachtung der im Prozeßrecht vorgeschriebenen Regeln gefällt werde. Dies sei das der allgemeinen Justizgewährungspflicht des Staates entsprechende Recht des einzelnen, der allgemeine Justizgewährungsanspruch, der einzige dem Prozeßrecht adäquate Rechtstypus.[6] Zum sogenannten konkreten, prozessual be-

1) Goldschmidt, a.a.O.
2) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 39.
3) Goldschmidt, a.a.O., S. 75.
4) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 78, unter Hinweis auf RGSt 2, 416, 417.
5) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 73.
6) Goldschmidt, Mat. Justizrecht, S. 94.

dingten Vollstreckungsrecht stellt Goldschmidt folgendes fest: da die Parteien mit der Möglichkeit, Klage zu erheben und bestimmte Anträge zu stellen, nicht erreichen könnten, daß das Gericht eine bestimmte Entscheidung erlasse oder daß sich der Gegner in bestimmter Weise verhalte, stünden ihnen im Prozeß auch keinerlei Rechte im materiellen Sinne, sondern nur Möglichkeiten, Gelegenheiten oder Aussichten zu Gebote.[1] Die Prozeßordnung sei "nur eine Ordnung von Rechtsformen, keine Ordnung subjektiver Rechte". Prozeßordnungsmäßig besage "daher notwendig nur soviel wie rechtsförmlich, formgerecht, nicht soviel wie rechtmäßig".[2] Der Vollstreckungsgläubiger habe also nur die Möglichkeit, einen bestimmten Antrag zu stellen. Diesen müsse das Vollstreckungsorgan entsprechend der allgemeinen staatlichen Justizgewährungspflicht beachten, sofern er nur die im Prozeßrecht normierten Formvorschriften wahre. Die "Zulässigkeit sei hier die einzig in Betracht kommende prozessuale Betrachtungsweise des formgerechten Vollstreckungsbetriebes. Von Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit könne keine Rede sein, denn diese Begriffe und Wertungen seien dem Prozeßrecht unangemessen.[3] Das Ergebnis Goldschmidts ist, soweit es hier interessiert, folgendes: "Der prozeßordnungsmäßige aber materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsbetrieb ist privatrechtlich widerrechtlich, weil er publizistisch zwar formgerecht, aber unberechtigt ist."[4] Fehlt also der materielle Anspruch und steht somit dem Vollstreckungsgläubiger auch kein Vollstreckungsanspruch zu, so ist der prozeßordnungsmäßige, nur in prozessualer Form denkbare Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers rechtswidrig. Aber auch bei formaler Fehlerhaftigkeit des Vollstreckungstitels nimmt Goldschmidt die objektive Widerrechtlichkeit als Grund für die Haftung nach § 717 Abs.2 ZPO an. Denn der "korrekte Titel" gehöre "unter allen Umständen zur Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes"[5]; der prozessual korrekte Titel habe "die Bedeutung einer weiteren besonderen Voraussetzung des Vollstreckungsanspruchs", er sei für diesen "notwendige aber nicht hinreichende Bedingung", wobei unberührt bleibe "die dem Vollstreckungsanspruch eigene Begründung, der Privatanspruch".[6]

1) Goldschmidt, Prozeß, S. 277.
2) Goldschmidt, Prozeß, S. 292.
3) Goldschmidt, Prozeß, S. 292.
4) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 73.
5) Goldschmidt, a.a.O., S. 5.
6) Goldschmidt, a.a.O., S. 27.

E. Neuere Lösungsversuche

Auf den Lösungsversuchen Hellwigs, Geibs und Steins einerseits und Goldschmidts andererseits bauen eine Reihe jüngerer Autoren wie insbesondere Niese[1], Eb. Schmidt[2] und Fischer-Fischerhof[3] auf. Niese und Eb. Schmidt haben im Anschluß an Goldschmidt ihre Lehre von den sogenannten doppelfunktionellen Prozeßhandlungen und deren je nach den verschiedenartigen prozessualen und materiellen Wirkungen unterschiedlicher prozessualer und materieller Bewertung entwickelt. Ausgangspunkt ist die Auffassung des Prozesses als eines dynamischen Hinstrebens, einer Entwicklung auf das Urteil und die endgültige Vollstreckung hin.[4] Der Prozeß sei eine Abfolge von Rechtslagen, d.h. von Aussichten auf ein günstiges richterliches Urteil, wie es in dem betreffenden Augenblick an Hand der Urteilsmaßstäbe wahrscheinlich erscheine.[5] Ein Anspruch auf Erlaß eines bestimmten Urteils sei mit der Wesensart des Prozesses unvereinbar. Urteilsmaßstäbe, nicht mehr, seien die Normen sowohl des materiellen als auch des Prozeßrechts im prozessualen Rechtsbereich. Im materiellen Rechtsraum hätten die Normen des materiellen Rechtes eine imperativische Funktion; sie bestimmten, was der Rechtsgenosse dürfe und was er nicht dürfe. Im Prozeß hingegen hätten dieselben materiellen Normen lediglich eine logische Funktion, nämlich die von Maßstäben, deren sich das Gericht auf dem Wege zum Urteil hin bedienen müsse. Im Prozeß gehe es nämlich allein darum, "in einem logischen Erkenntnisvorgang festzustellen, was nach Maßgabe und kraft der materiellen Rechtsnormen rechtens" sei.[6] Das Ergebnis dieses Erkenntnisvorganges, die im Urteil schriftlich niedergelegte richterliche Erkenntnis, kann nach Niese niemals rechtmäßig oder rechtswidrig, sondern nur richtig und "zuweilen leider auch falsch sein".[7] So

1) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen; die neuere Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht in JZ 1956, 336.
2) Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Teil 1 1952.
3) Fischer-Fischerhof, Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung, 1934.
4) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 63; Goldschmidt, Prozeß, S. 288.
5) Niese, ebda.
6) Niese, ebda.
7) Niese, S. 109.

habe denn auch die irrige Rechtsanwendung keine materiellen Folgen, sondern u.U. die prozessuale der Berichtigung des Urteils durch Rechtsmitteleinlegung. Nur, wenn der Richter seine Justizgewährungspflicht verletze und das Recht beuge, handele er rechtswidrig mit den daran geknüpften strafrechtlichen und haftungsrechtlichen Sanktionen. Doch obschon hiernach die Wertkategorie rechtmäßig, rechtswidrig dem Urteil als richterlicher Erkenntnis unangemessen sei, könne dennoch "kein noch so scharfsinniges System hinwegdekretieren, was daraus im materiellen Raum entstehe: Rechtswidrigkeit."[1] Hiermit will Niese feststellen, daß jedes private oder staatliche Handeln, das sich auf eine falsche irrige Erkenntnis von dem, was rechtens sei, stützt, im materiellen Rechtsraum unterschiedslos rechtswidrig sei.

Dasselbe, was für die Bewertung richterlicher Prozeßhandlungen als eines Ergebnisses logischen Denkvorganges gelte, treffe in gleicher Weise auch für die verschiedenartigen Parteihandlungen zu. Auch hier sei die Wertkategorie der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit im prozessualen Rechtsraum nicht anwendbar. Es könne keine prozessuale Widerrechtlichkeit geben, weil es auch keine prozessualen Parteipflichten gebe. Die prozessuale Betrachtungsweise sei mit den Worten Goldschmidts unbedingt "moralinfrei".[2]

Die den prozessualen Parteihandlungen angemessene Wertkategorie sei je nach ihrer verschiedenen Wesensart - Niese unterscheidet zwischen sogenannten Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen - die der Beachtlichkeit (Gültigkeit, Wirksamkeit) und Unbeachtlichkeit (Unwirksamkeit, Nichtigkeit) sowie die der Zulässigkeit und Unzulässigkeit, Begründetheit und Unbegründetheit. Ersteres gilt für die sogenannten Bewirkungshandlungen für die nach Niese charakteristisch ist, daß über sie entschieden werde, letzteres für die sogenannten Erwirkungshandlungen, nach denen entschieden werde.[3] Zu jenen zählen beispielsweise die staatlichen Vollstreckungshandlungen[4], zu diesen die Anträge der Parteien.[5]

---

1) Niese, S. 113.
2) Goldschmidt, Prozeß, S. 292, 353.
3) Niese, S. 95.
4) Niese, S. 118.
5) Niese, S. 95.

Die Frage nach Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit im Bereiche der Zwangsvollstreckung interessiert sowohl Niese als auch Eb. Schmidt fast ausschließlich nur im Hinblick auf die unmittelbar in die Rechtssphäre des Schuldners eingreifenden hoheitlichen Vollstreckungshandlungen. Diese sind nach Auffassung beider Autoren stets rechtswidrig, wenn ihnen ein unrichtiges Urteil zugrunde liegt. Das ist die Konsequenz des von Niese mit aller Deutlichkeit aufgestellten Satzes, daß die Folge fehlerhaft vorgenommenen Denkvorganges und daraus resultierenden unrichtigen richterlichen Erkenntnisses im materiellen Raum nur Rechtswidrigkeit sein könne.[1] Das entspreche auch durchaus unserer Rechtsordnung, die doch überall die Vollstreckung unrichtiger Urteile als rechtswidrig behandle, soweit ihnen nicht die Rechtskraft entgegenstehe.[2] Denn daß der Grund für die in den §§ 302, 600, 717, 945 ZPO geregelte Gläubigerhaftung "in der objektiven Rechtswidrigkeit" liege, sei "allgemein anerkannt". Wenn auch die Vollstreckung unrichtiger Urteile stets rechtswidrig sei, so verbiete dennoch das "höhere Interesse der Rechtssicherheit", daß sich der Staatsbürger der Vollstrekkung eines solchen fehlerhaften Urteils widersetze. Zunächst verlange jenes höhere Interesse der Rechtssicherheit, daß alle Akte des Zivil- und Strafprozesses insofern vom Recht respektiert würden, als es einer formalen Aufhebung des fehlerhaften Aktes bedürfe, und bis zu dieser Aufhebung auch die falschen Entscheidungen Rechtsbestand hätten.[3] Aus diesem Grunde sei eine Notwehr gegen die formell richtige Zwangsvollstreckung "eines materiell rechtswidrigen Urteils ausgeschlossen".[4] Eine Aufhebung dieses Urteils werde ebenfalls im Interesse der Rechtssicherheit durch die Rechtskraft weitgehend ausgeschlossen, und da Rechtskraft und Vollstreckbarkeit untrennbar miteinander verbunden seien, gebiete es die staatliche Autorität, daß sich der Staatsbürger der rechtswidrigen Vollstreckung beuge. Denn ließe man die Vollstreckung aus einem als unrichtig erkannten rechtskräftigen Urteil nicht zu, so wäre die Rechtskraft gegenstandslos. Nieses und Eb. Schmidts Ergebnis ist also, daß die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung eines "materiell rechtswidrigen Urteils" zwar offenkundig sei, daß sie aber im überge-

1) Niese, S. 113, 118.
2) Niese, S. 123.
3) Niese, S. 123.
4) ebda.

ordneten Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden müsse. Sie bleibe als "ungelöster Rest" bestehen.[1)]

Zum sogenannten konkreten publizistischen Vollstreckungsanspruch gilt nach Niese und Eb. Schmidt folgendes: Durch den Antrag des Gläubigers, dem auf Grund des vollstreckbaren Titels ein Recht gegen den Staat auf Entfesselung der Zwangsvollstreckung zustehe, werde die Vollstreckung ausgelöst. Das Vollstreckungsrecht sei ein Teil des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs. Er richte sich lediglich auf die Vornahme der Vollstreckungshandlungen, nicht jedoch auf ihren Erfolg. Er sei kein Gegenstück zum vermeintlichen Rechtsschutzanspruch, den es in Wahrheit nicht gebe.[2)]

Nach Fischer-Fischerhof entspringt die Ausübung der Gerichtsbarkeit im allgemeinen Sinne nur einer "dem Staat immanenten Verpflichtung", die sich konkretisiere, sobald der rechtssuchende Staatsbürger ein Tätigwerden des Staates begehre und hierzu gewisse gesetzlich bestimmte, mehr oder weniger äußere Voraussetzungen erfülle. Nicht mehr als eine solche Justizvoraussetzung bedeute der Vollstreckungstitel für die staatliche Vollstreckungstätigkeit. Er gewähre "lediglich als solcher dem Gläubiger eine des Rechtscharakters im üblichen Sinne entkleidete Möglichkeit, Fähigkeit, Anwartschaft oder Aussicht, die Vollstreckung auszulösen, die sich allein aus staatlichem Rechte mit Notwendigkeit "entfalte"[3)]. Damit wird nach Fischer-Fischerhof die Behauptung hinfällig, daß der Vollstreckungsbetrieb die Ausübung eines dem Staate gegenüber bestehenden subjektiven Rechtes und darum rechtmäßig sei.[4)] Im übrigen gelangt Fischer-Fischerhof zu folgendem Ergebnis: "Der ungerechtfertigte Vollstreckungsbetrieb ist als Wahrnehmung einer prozessualen Möglichkeit zulässig, als Herbeiführung einer Rechtsverletzung rechtswidrig. Daraus, daß die Rechte im prozessualen Sinne nicht mit einem eigenen Dürfen verbunden sind, folgt, daß sie nicht die Rechtswidrigkeit ausschließen. Die ungerechtfertigte Vollstreckungstätigkeit ist als gesetzmäßige Betätigung der Staatsgewalt zulässig. Eine materiellrechtliche Wertung findet nicht statt. Die ungerechtfertigte Vollstreckungs-

1) Niese, S. 123.
2) Niese, S. 118.
3) Fischer-Fischerhof, S. 66.
4) Fischer-Fischerhof, S. 71.

maßnahme ist als Erfolg der Vollstreckungstätigkeit zulässig, als Erfolg des Vollstreckungsbetriebes sowohl zulässig als auch rechtswidrig."[1]

F. Sonstige Lösungsversuche

Zuguterletzt verbleibt noch ein Bündel größtenteils ähnlicher Lösungsversuche, die mit den vorherigen nur wenig gemein haben. Übereinstimmend gehen sie von der Existenz eines Vollstreckungsrechtes des Gläubigers gegen den Staat aus, das nach Inhalt und Voraussetzung dem Hellwigschen Vollstreckungsanspruch gleicht. Es ist an eine Reihe prozessualer Voraussetzungen geknupft, "deren grundsätzlich wichtigste das Vorhandensein eines Vollstreckungstitels, nicht aber auch das Bestehen eines materiellen Anspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner"ist.[2]

Dieses Vollstreckungsrecht sei entweder ein endgültiges oder nur ein privisorisches, und zwar je nach der gegensätzlichen Bedeutung des Vollstreckungstitels, auf dem es beruhe.[3] Der rechtskräftige Titel gewähre ein "volles Vollstreckungsrecht", während das Vollstreckungsrecht, das auf Grund nur vorläufig vollstreckbaren Titels oder Vorbehaltsurteils bestehe, nur als "provisorisches" gelten müsse.[4] Es lasse sich auffassen entweder als auflösend bedingt[5] oder als inhaltlich beschränkt.[5] Nach Oertmann verbindet man am besten beide Gesichtspunkte miteinander: "Jedenfalls" sei "der künftige Wegfall des Titels vorbehalten."[6] Die Vollstreckung aus bloß provisorischem Recht sei mit erheblichem Risiko verbunden. Der Gläubiger hafte daraus, wenn

1) Fischer-Fischerhof S. 71.
2) Hellwig-Oertmann, Syst. II § 269 sub 1 (S. 144 f.).
3) Hellwig-Oertmann, a.a.O., § 276 sub 1a, b (S. 165 f.).
4) Vgl. Stein S. 19. Hier klingt bereits neben der oben S. 43 ff. wiedergegebenen Ansicht von der Relativität des Vollstreckungsrechts die Auffassung von der Existenz eines bloß provisorischen, auflösend bedingten Vollstreckungsrechts an.
5) Langheineken, S. 131.
6) Hellwig-Oertmann, ebda.

sie sich hernach als nicht endgültig berechtigt erweise, auf Schadensersatz. Der Grund dafür liege nicht in dem möglichen Mangel des materiellen Rechts, sondern vielmehr in der inhaltlichen Beschränktheit des formellen Vollstreckungsrechts selbst.

Der Gläubiger müsse die Gefahr eines Wegfalls dieses Rechts übernehmen, da es ihm ja "von vornherein als ein dem Wegfall ausgesetztes, nur beschränkt zur Verfügung gestellt" sei. Der Wegfall des Vollstrekkungsrechts ergebe sich nicht aus einem rein späteren Tatbestande mit Wirkung ex nunc, sondern er sei "von Anfang an, bestimmungsgemäß, als vielleicht eintretend ins Auge gefaßt."[1] Die Haftung des Vollstrekkungsgläubigers aus § 717 Abs.2 ZPO erkläre sich allein daraus, daß der Vollstreckung ein "schlechthinniger", für alle Fälle durchgreifender Titel nie zugrunde gelegen habe.[2] Dies ist eine gar nicht einmal überholte oder vereinzelte Auffassung; gerade in jüngster Zeit wird sie erneut von Lent[3] vertreten, wenn er feststellt, "man kann daher in § 717 Abs.2 ZPO eine Regelung in der Richtung sehen, daß das Gesetz in der Beseitigung des nur vorläufigen Titels eine nachträglich eintretende Unzulässigkeit der Vollstreckung erblickt, die ähnlich zu behandeln ist wie eine Vollstreckung, die von vornherein ohne Titel erfolgte."

Der Vollständigkeit halber soll schließlich noch auf zwei weitere Auffassungen hingewiesen werden.

a) Der auf materiellrechtlich fehlerhaftem Titel beruhende Vollstreckungsanspruch sei, so sagt man, ein bloßes Scheinrecht[4], wie etwa das zu Unrecht im Grundbuch eingetragene Eigentum oder Grundpfandrecht, Rechtsstellungen, die nach einhelliger Auffassung Gegenstand der Kondiktion nach §§ 812 ff. BGB sein können. Das Bestehen eines wirklichen, zur Zwangsvollstreckung berechtigenden formalen Vollstreckungsrechts wird geleugnet, sofern ihm nicht zugleich auch der Zivilrechtsanspruch zugrunde liege.

---

1) Hellwig-Oertmann, Syst.II § 276 sub 1a, b (S. 165 f.).
2) Hellwig-Oertmann ebd.
3) Lent, Anm. in NJW 1956, 1762 f.
4) Vgl.Goldschmidt,Unerl.Vollstreckungsbetrieb, S. 23, 24; Langheineken, S. 164 Anm. 3.

b) Weiterhin findet sich die Auffassung, das rein formal bedingte Vollstreckungsrecht finde eine Parallele in den abstrakten Schuldverträgen des bürgerlichen Rechts.[1] Fehle es an einer "substantiellen" Berechtigung, dieses formal bedingte Vollstreckungsrecht innezuhaben und auszuüben, so sei es kondizierbar. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer gewissen "Doppelschichtigkeit des Rechts"[2], wie man sie auch in der "die dauernde Herrschaft über Sachen regelnden, endgültigen Eigentumsordnung im Gegensatz zum provisorischen Besitzrecht" erkennen könne. Der Besitzer sei nämlich als solcher gegenüber allen, auch dem Eigentümer, zur Herrschaft über die Sache berechtigt, sein Besitz könne aber nach der im petitorischen Prozeß zur Geltung kommenden definitiven Rechtsordnung dem Eigentümer gegenüber unrechtmäßig sein.[3] So gesehen sei der, der ohne materiellen Anspruch auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils vollstrecke, "zunächst dem Gegner gegenüber im Recht," wenn aber das Urteil aufgehoben oder abgeändert worden sei, liege "vom Standpunkt des definitiven Rechts aus ein rechtswidriger Eingriff vor", für welchen das Gesetz eine vom Verschulden unabhängige Schadenshaftung statuiere.[4]

G. Die Stellungnahme der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat vorwiegend im Schatten des im Schrifttum so intensiv geführten Meinungsstreits gestanden, und in den höchstrichterlichen Entscheidungen spiegelt sich jener Streit in etwa wider.

Das Reichsgericht hat, von einigen vereinzelten abweichenden Entscheidungen abgesehen, im großen und ganzen die Auffassung vertreten, daß der ungerechtfertigte Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers - sowohl beim Arrest als auch bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit - "objektiv rechtswidrig" sei. Das hat es zunächst für die Fälle des sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisenden Arrestes entwickelt[5] und später auch für die-

1) Kohler, Lehrb., S. 492; vgl. Degenkolb, S. 105.
2) v. Tuhr AT II, 2 (S. 455).
3) ebda.
4) ebda.
5) RGZ 7, 374; 30, 418.

jenigen der Vollstreckung aus vorläufigen und im Instanzenzuge wieder aufgehobenen Titeln anerkannt. Durch die Beseitigung des vorläufig vollstreckbaren Urteils werde "nachträglich die objektive Rechtswidrigkeit des mit der Zwangsvollstreckung vorgenommenen Eingriffs in das Schuldnervermögen festgestellt".[1] Nach einer näheren Begründung für diese objektive Rechtswidrigkeit sucht man jedoch vergebens, was um so mehr verwundert, als das Reichsgericht auch bisweilen ausgeführt hat, aus der Aufhebung eines bereits vollstreckten Urteils folge nicht, "daß die Beitreibungshandlung den Charakter der Unrechtmäßigkeit annehme".[2] Zudem findet man auch die Feststellung, daß die Erwirkung eines Arrestes "an sich eine erlaubte Handlung" bzw. eine "gesetzlich gebilligte Handlung" sei.[3] In einigen anderen Entscheidungen hat das Reichsgericht, ähnlich wie Kuttner es tut, auf jede Einordnung des Schadensersatzanspruchs in das Privatrechtssystem verzichtet: Der Grund der Schadensersatzpflicht liege allein "in der prozessualen Tatsache, daß das vollstreckbare Urteil aufgehoben oder abgeändert" sei, bzw. daß "lediglich die Tatsache der Aufhebung" entscheide.[4] In einem weiteren Urteil[5] wird das Vorgehen des Klägers als ein "zwar erlaubtes aber den Gegner immer gefährdendes" hingestellt, was jedoch nach einem Hinweis auf eine frühere Entscheidung des Reichsgerichts[6] zu urteilen, offenbar so zu verstehen ist, daß der Arrestgläubiger zwar solange erlaubt handele, bis sich der Arrest als ungerechtfertigt erweise; dann aber sei das Vorgehen "gegenständlich rechtswidrig". Die eigentliche Unklarheit und Unsicherheit in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigt sich schließlich noch einmal besonders deutlich in einer Entscheidung vom 25.1.1913[7], in der es u.a. heißt:

> "Zwar ist es richtig, daß derjenige, der gegen seinen Schuldner ein vorläufig vollstreckbares Urteil vollstreckt, von seiner gesetzlichen Befugnis Gebrauch macht, aber diese Befugnis hat . . . ihre eigentliche Quelle darin, daß das mit vorläufiger

1) RGZ 26, 204.
2) RGZ 11, 415.
3) RGZ 26, 206; 30, 424.
4) RG JW 1902, 254; RGZ 58, 236; RG JW 1906, 719.
5) RGZ 74, 249.
6) RGZ 58, 238.
7) RG JW 1913, 438.

Vollstreckbarkeit zuerkannte Recht des Gläubigers auch wirklich besteht. Der eigentliche Rechtfertigungsgrund für die Vollstreckung eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils entfällt damit. Die Vollstreckung stellt sich nunmehr als ein dem Schuldner angetanes Unrecht dar."

Der Bundesgerichtshof hat sich - soweit ersichtlich - bisher nur in einer Entscheidung[1] mit den Grundlagen der Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 ZPO befaßt. Hier führt er unter Hinweis auf Rosenberg[2] aus, "der gesetzgeberische Grund für die Ersatzpflicht nach § 717 Abs. 2 und § 945 ZPO ist der, daß der Gläubiger auf Grund eines nur vorläufigen Vollstrekkungstitels, und daher auf eigene Gefahr vollstreckt hat, nicht aber der, daß die Vollstreckung rechtswidrig sei." Damit ist der Bundesgerichtshof ausdrücklich von der im Ergebnis überwiegend die objektive Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes anerkennenden Rechtsprechung des Reichsgerichts abgewichen. Doch sucht man auch hier ebenso wie dort vergebens nach einer einigermaßen einleuchtenden Begründung; der bloße Hinweis des Bundesgerichtshofs auf Rosenberg vermag, wie wir oben auf Seite 13 ff. sahen, nicht zu überzeugen. Kurzum, die Situation in der Rechtsprechung ist ebensowenig klar und eindeutig, als wir sie zuvor schon im Schrifttum vorfanden, so daß auch hier keinerlei Anlaß besteht, die Problematik der Gläubigerhaftpflicht auch nur als einigermaßen geklärt anzusehen.

3. Abschnitt: Kritik der aufgezeigten Lösungsversuche

In der hier folgenden kritischen Betrachtung der zuvor erläuterten verschiedenen Lösungsversuche gilt es zunächst, ihre Schwächen und Unzulänglichkeiten, dann jedoch, und zwar vornehmlich, ihre positiven, der Diskussion um die zu beurteilende Problematik förderlichen Seiten herauszukehren. Es soll dabei mit jenen Lösungsversuchen begonnen werden, die zuvor unter F zusammengefaßt sind.

Dieses Bündel von Lösungen hat im Grunde den einheitlichen Ausgangspunkt,

1) BGH in DVBl 1963, 293. Vgl. auch BGH JZ 1962, 94 zur Frage ungerechtfertigten Konkursantrages.

2) Rosenberg, Lehrb. § 170 II, 3.

dem als bestehend vorausgesetzten formalen, durch den Vollstreckungstitel bedingten Vollstreckungsrecht die rechtfertigende Kraft im Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner zu nehmen. Das geschieht, indem man gleich dem Titel und der jenem immanenten Eigenschaft und Fähigkeit der Vollstreckbarkeit auch das angeblich auf ihm beruhende Vollstrekkungsrecht nur als vorläufig, provisorisch, mit dem Odium der Unbeständigkeit, der Aufhebbarkeit behaftet, ansieht. Man argumentiert mit dem bürgerlich-rechtlichen Institut der auflösenden Bedingung (§ 158 Abs.2 BGB) wie mit dem Satz von der inhaltlichen Beschränktheit des Vollstrekkungsrechtes. In die gleiche Richtung tendiert der Hinweis auf die sogenannte Doppelschichtigkeit des Rechts, die vorläufige und definitive Rechtsordnung sowie der Vergleich des formal bedingten Vollstreckungsrechtes mit den abstrakten Schuldverträgen des BGB. Allen jenen Überlegungen gilt vorweg im wesentlichen der gleiche Einwand, daß nämlich unsere Rechtsordnung eine rückwirkende Rechtswidrigkeit nicht kennt. Ob eine Handlung rechtens ist oder nicht, muß zu der Zeit ihrer Vornahme feststehen oder doch zumindest feststellbar sein. Die Ausübung eines auch nur provisorischen Rechts als eines Teiles der sogenannten vorläufigen "Friedensordnung" ist stets und gerade darum auch vorläufig rechtmäßig und zwar solange als das vorläufige Recht besteht.[1] Entfällt es, so ist die Ausübung des nunmehr erloschenen Rechts eben deshalb und zwar für die Zukunft rechtswidrig. Zu alledem kommt, daß diese Lösungsversuche den Fall ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung auf Grund rechtskräftigen aber im Wiederaufnahmeverfahren aufgehobenen Titels nicht erklären. Denn hier lag ein endgültiger, kein provisorischer Titel, und damit auch ein endgültiges und kein provisorisches "Vollstreckungsrecht" der Vollstreckung zugrunde. Schließlich vermag aber auch die Begründung jedes einzelnen dieser Lösungsversuche schon aus sich selbst heraus nicht zu überzeugen.

So ist es mit der Vorschrift des § 158 Abs.2 BGB unvereinbar, daß die Titelaufhebung als auflösende Bedingung mit rückwirkender Kraft das Vollstreckungsrecht erlöschen lassen soll. Die Wirkung einer auflösenden Bedingung tritt stets nur ex nunc, niemals ex tunc ein. Sollte ausnahmsweise für die Titelaufhebung als auflösende Bedingung für das Vollstreckungsrecht etwas anderes gelten, so hätte es hierzu einer besonderen gesetzlichen Re-

1) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 17.

gelung bedurft. Diese gibt es jedoch nicht. Es gilt der Normalfall, wie sich allein schon aus der Gegenüberstellung der §§ 704 Abs.2 und 717 Abs.1 ZPO zeigt: Die erstgenannte Vorschrift bestimmt, "die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurteilen, die rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind", in § 717 Abs.1 ZPO heißt es, "die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt mit der Verkündung eines Urteils . . . außer Kraft."

Eine weitere Ungereimtheit der These vom auflösend bedingten formalen Vollstreckungsrecht liegt darin, daß man einerseits die Existenz des Titels als notwendige Voraussetzung des formal bedingten Vollstreckungsrechts ansieht, andererseits aber die Aufhebung des Titels als auflösende Bedingung für das Bestehen dieses Rechts betrachtet. Ist nämlich der Titel Voraussetzung für die Existenz des Rechts, dann erlischt es zugleich mit dem Wegfall dieser Voraussetzung, also mit der Aufhebung des Titels. Oder es hat in Ermangelung eines Vollstreckungstitels von vornherein überhaupt nicht bestanden. Das wäre dann der Fall, wenn es zuträfe, daß der Titel durch das ihn aufhebende Urteil rückwirkend beseitigt wurde. Eine rückwirkende Titelaufhebung ist jedoch unserem Prozeßrecht fremd, ja sie widerspricht ihm. Denn, wie schon oben dargetan, bestimmt § 717 Abs.1 ZPO, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit "mit der Verkündung" des aufhebenden Urteils außer Kraft tritt. Die vorläufige Vollstreckbarkeit als Eigenschaft des aufgehobenen Urteils kann aber nicht ohne dessen Existenz bestehen. Das jedoch wäre der Fall, wollte man annehmen, der Titel werde durch das ihn aufhebende Urteil rückwirkend beseitigt.

In gleicher Weise wie die Auffasssung vom auflösend bedingten formalen Vollstreckungsakt kranken auch die übrigen Teile jenes oben aufgezeigten Lösungsbündels an innerer Widersprüchlichkeit. Die Ungereimtheit in v. Tuhrs Auffassung von der Doppelschichtigkeit des Rechts, der provisorischen und definitiven Rechtsordnung zeigt sich besonders deutlich an dem zur Erhärtung dieser Ansicht bei v. Tuhr angeführten Beispiel vom provisorisch rechtmäßigen, definitiv aber rechtswidrigen Besitz. Richtig gesehen geht es hier einfach um folgende Erscheinung: Der nichtberechtigte Besitzer besitzt rechtswidrig. Die Folge dieser Rechtswidrigkeit ist jedoch nur die, daß die Rechtsordnung dem Eigentümer lediglich einen Anspruch auf Überlassung des Besitzes gibt, ihm aber nicht das Recht einräumt, diesen Anspruch eigenmächtig zu verwirklichen. Tut er es dennoch, dann handelt

er rechtswidrig.[1] Es geht also hier einerseits um die Beurteilung der Handlungswiese des unrechtmäßigen Besitzers, zum anderen um die des eigenmächtig durchgreifenden Eigentümers.

Schließlich bleibt noch jene Auffassung, die den materiell ungerechtfertigten, bloß titulierten Vollstreckungsanspruch als bloßes Scheinrecht wie ein zu Unrecht ins Grundbuch eingetragenes Grundstücksrecht behandelt wissen will, und die dem Titel eine dem Grundbuch oder dem Erbschein entsprechende Gutglaubens- oder Legitimationswirkung zuspricht.[2] Dem steht entgegen, daß die Vollstreckungsorgane trotz Kenntnis von der materiellen Unbegründetheit des Titels nicht nur vollstrecken dürfen, sondern auch müssen.[3]

Die besprochenen Lösungsversuche sind trotz ihrer mannigfachen Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten letzten Endes doch insoweit eines Sinnes, als sie sich entschieden dagegen wehren, jenen formal bedingten Vollstreckungsanspruch als ein die materiell unberechtigten Vollstreckungshandlungen des Gläubigers rechtfertigendes Recht anzuerkennen.

Den vermeintlichen Widerspruch zwischen der Existenz eines formal bedingten prozessualen, publizistischen Vollstreckungsrechtes und prozessualer Rechtmäßigkeit einerseits sowie dem rechtswidrigen Gläubigerhandeln bei materiell unberechtigter Zwangsvollstreckung andererseits haben haben auch Hellwig, Geib und Stein nicht auszuräumen vermocht.

Die Kritik an Hellwigs Lösungsversuch setzt zumeist dort ein, wo er zusammenfassend feststellt, der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers sei als Ausübung eines publizistischen, formalen, prozessualen Rechts gegen den Staat diesem gegenüber publizistisch, formell, prozessual rechtmäßig, dem Schuldner gegenüber sei er jedoch bei Fehlen des materiellen Anspruchs privatrechtlich, materiell rechtswidrig. Doch sollte sich die Kritik nicht, wie es vielfach geschieht, hierauf beschränken und sich mit der sicherlich zutreffenden Feststellung begnügen, daß die Rechtsordnung in ihrer Einheit und Gesamtheit nur ein einheitliches Rechtswidrigkeits- oder Rechtmäßigkeitsurteil

1) Zitelmann, S. 35.
2) Binder, S. 248.
3) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 24.

für eine bestimmte Handlung kenne und zulasse. Demnach sei es ein Unding, wenn ein und dieselbe Handlung des Gläubigers, nämlich sein Vollstreckungsbetrieb, als Ausübung eines dem Staat gegenüber bestehenden prozessualen Vollstreckungsrechts publizistisch rechtmäßig, jedoch privatrechtlich rechtswidrig sein solle. Indes mit einer einzigen terminologischen Änderung wird nämlich jener Kritik die Grundlage entzogen, und zwar indem man das Wörtchen "rechtmäßig" einfach durch "formgerecht" oder "prozeßordnungsgemäß" ersetzt. Das geschieht nicht willkürlich; es steht im Einklang mit Hellwigs eigenen Überlegungen und drängt sich gleichsam auf, wenn man den von ihm beschrittenen Weg näher beleuchtet.

Der von Hellwig angenommene formal bedingte Vollstreckungsanspruch ist nur ein publizistisches, rein prozessuales Recht und gerade um deswillen ist es denkbar, daß der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers , wenn er auch prozessual rechtmäßig, d.h. formgerecht sei, materiell rechtswidrig sein könne. Die rein formale, prozessuale Beziehung des Vollstreckungsgläubigers zum Staat, der jene "höchste oberste Werrung"[1] (gemeint ist die der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit) fremd sei, lasse das Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner völlig unberührt. Im Laufe des zur Entscheidung des Prozesses führenden Verfahrens seien keinerlei prozessuale Pflichten der Prozeßparteien zueinander anzuerkennen. Die Parteien seien nur "befugt zum Handeln", und es liege ihnen die "Last" ob, von diesen Befugnissen rechtzeitig Gebrauch zu machen, wenn sie durch ihre Handlungen den Verlauf des Verfahrens bestimmen wollten.[2]

Hier zeigt sich der innere Widerspruch in Hellwigs Lösungsversuch: Er liegt in der inhaltlichen Eigenart seines Vollstreckungsrechts begründet, das ja gerade im Verhältnis des Gläubigers zum Staat gesehen mehr als jene bloße Befugnis, jene prozessuale Möglichkeit, sein soll. Beides zugleich, je nach der unterschiedlichen Betrachtungsweise - in der Blickrichtung zum Staat oder in der zum Schuldner hin - ist undenkbar: Entweder ist dieses Recht nur eine bloße Befugnis, eine prozessuale Möglichkeit, oder es ist eben mehr, ein Anspruch. Die nähere Betrachtung dessen, was Hellwig zu seinem formalen Vollstreckungsanspruch führt, wird den aufgezeigten Widerspruch lösen, und zwar derart, daß er nichts anderes als nur eine bloße prozessuale Möglichkeit sein kann.

1) Hellwig, Prozeßhandlung § 2 II a.E.
2) Hellwig, Anspruch, S. 156.

Der Widerspruch in Hellwigs Erörterungen hat seinen Angelpunkt in der Auffassung vom sogenannten Rechtsschutzanspruch des Gläubigers gegen den Staat. Der von Wach[1] in die Wissenschaft eingeführte sogenannte Rechtsschutzanspruch ist nach Hellwig zu definieren als das "prozessuale Recht gegen den Staat darauf, daß er durch seine dazu berufenen Organe auf gehöriges Verlangen seine Entscheidungs- oder Zwangsgewalt zugunsten des Rechtsschutzberechtigten gegen den Schuldner entfalte, um das Rechtsschutzbedürfnis des Antragsberechtigten zu befriedigen".[2] Dieser Rechtsschutzanspruch ist nach Hellwig ein dreifaltiges Gebilde; seine drei Erscheinungsformen sind das Klagrecht oder der Urteilsanspruch als das Recht auf bestimmtes, obsiegendes Urteil, der Vollstreckungsanspruch als das Recht auf Entfesselung staatlicher Zwangsgewalt und das Arrestrecht als das Recht auf Rechtssicherung.[3] All' diesen Fällen ist gemeinsam, daß der Rechtsschutz nur gewährt wird,

1. wenn er verlangt ist (in der vom Gesetz vorgeschriebenen Art und Weise),

2. wenn er mit Recht verlangt ist, d.h. wenn die gesetzlichen Voraussetzungen, von denen die Erteilung des begehrten Rechtsschutzes abhängig gemacht ist, vorhanden sind und

3. wenn dies dem angegangenen Rechtsschutzorgan dargetan und auch ausreichend bewiesen wird.[4]

Die erste Art der Voraussetzungen nennt Hellwig die "Prozeßvoraussetzungen", die zweite die "Rechtsschutzvoraussetzungen". Der dritte Gesichtspunkt interessiert in diesem Zusammenhang nicht und kann daher unberücksichtigt bleiben. Das entscheidende, für den sogenannten Rechtsschutzanspruch wesensbegründende Gewicht liegt bei den sogenannten "Rechtsschutzvoraussetzungen". Das Vorliegen allein der sogenannten "Prozeßvoraussetzungen" genügt zur Begründung des konkreten Rechtsschutzanspruchs nicht. Das zeigt sich deutlich bei dem sogenannten konkreten Klagrecht oder Urteilsanspruch als der ersten Erscheinungsform des Rechtsschutzan-

1) Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 1885, Bd.I, S.19ff., 119.
2) Hellwig, Klagrecht, S. 12.
3) ebda.
4) ebda.

spruches: Ist nämlich die Klage unter Beachtung der für die Klageschrift normierten Mußvorschriften (Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, bestimmte Angabe des Gegenstandes und Grundes des erhobenen Anspruchs - "Rechtsbehauptung" - sowie bestimmter Antrag, § 253 ZPO) und der übrigen Prozeßvoraussetzungen (Zuständigkeit des Gerichts, Prozeßfähigkeit u.a.) prozeßordnungsgemäß erhoben, so mag allenfalls ein Recht auf Sachentscheidung schlechthin angenommen werden können. Das Recht auf bestimmte günstige Entscheidung des Prozesses besteht erst und nur dann, wenn auch die sogenannten "Rechtsschutzvoraussetzungen" gegeben sind, d.h. wenn das, was man mit dem Klagantrag begehrt, zu Recht verlangt, also wenn der Klagantrag nicht nur formgerecht, sondern auch wegen der Existenz des materiellen Anspruchs begründet ist.

Übertragen wir nun das, was für das Klagrecht, den Urteilsanspruch gilt, auf das Vollstreckungsrecht, dann gilt nach Hellwig zunächst folgendes:

I. Die Prozeßvoraussetzungen sind auch hier sehr einfach: Stellung des Antrags in der gehörigen Form (wozu auch Vorlage der Urkunden gehört) durch den prozeßfähigen Gläubiger bei dem örtlich, sachlich und funktionell zuständigen Vollstreckungsorgan.

II. Rechtsschutzvoraussetzungen

1. Exekutionsberechtigt ist der Gläubiger nur dann, wenn zu seinen Gunsten die im Prozeßgesetz normierten Voraussetzungen dieser Art des Rechtsschutzes vorhanden sind, zu denen vor allem der Vollstreckungstitel in seiner vollstreckbaren Ausfertigung gehört.

2. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so hat der Gläubiger das Vollstreckungsrecht, den Vollstreckungsanspruch.[1)]

Dieses Recht wird durch den Titel erzeugt und besteht um des in ihm vorausgesetzten zivilen Anspruchs willen.[2)] Soweit im wesentlichen Hellwig selbst. Die Kritik setzt bei den sogenannten "Prozeßvoraussetzungen" des Vollstreckungsrechts ein. Wie beim Klagrecht die ordnungsgemäß, formgerecht erhobene Klage zu den Voraussetzungen prozessualer Ordnungs-

1) Hellwig, Klagrecht, S. 16.
2) Hellwig, Klagrecht, S. 17, 19, 22.

mäßigkeit zählt, so gilt das auch in gleicher Weise beim Vollstreckungsrecht hinsichtlich des die Vollstreckung auslösenden Antrages. Nur diejenige Klage ist, wie in Übereinstimmung mit Hellwig gezeigt wurde, ordnungsgemäß erhoben, die einerseits die Parteien benennt, und die sich andererseits auf eine bestimmte Rechtsbehauptung stützt und Gegenstand wie Umfang des erhobenen Anspruchs bestimmt umreißt. In der Zwangsvollstreckung wird beides, sowohl die subjektive Seite als auch die gegenständliche im Titel festgelegt. Aus ihm ergeben sich Gläubiger und Schuldner der Vollstreckung, sowie deren Gegenstand und Umfang. In gleicher Weise wie wir es am Beispiel der ordnungsmäßig erhobenen Klage zeigten, ist auch der Vollstreckungsantrag nur dann ordnungsgemäß, formgerecht gestellt, wenn er sich auf einen gültigen Vollstreckungstitel stützt. Die Eigenart des Zwangsvollstreckungsverfahrens verlangt es, daß für die Ordnungsmäßigkeit des Vollstreckungsantrages besonders strenge Formvorschriften gelten, daß also nicht ein bloßes Behaupten oder Glaubhaftmachen im Rahmen der Prozeßvoraussetzungen ausreicht, sondern daß in dem vollstreckbaren Titel ein gewisses "Mehr" an formaler Voraussetzung gefordert wird.[1] Ist aber das Bestehen eines gültigen Titels Voraussetzung für die formale Ordnungsmäßigkeit des Vollstreckungsantrages und damit dem Bereich der sogenannten Prozeßvoraussetzungen zuzuordnen, dann ergibt sich, daß er nicht zugleich "Rechtsschutzvoraussetzung" sein kann, daß er die Berechtigung "erzeugt", diesen Antrag zu stellen. Mithin zählt Hellwig den Vollstreckungstitel zu Unrecht zu seinen sogenannten Rechtsschutzvoraussetzungen und erhebt ihn zu Unrecht zur causa causans eines Vollstreckungsrechtes im Sinne des konkreten Rechtsschutzanspruches, eines Rechts mit ganz bestimmtem Inhalt.

Zum gleichen Ergebnis führen auch die folgenden Überlegungen: Während das konkrete Klagrecht Hellwigs auf einen bestimmten Erfolg hoheitlich richterlichen Tätigwerdens, nämlich das der materiellen Rechtslage entsprechende, günstige Urteil gerichtet ist, geht der sogenannte Vollstreckungsanspruch nur auf "Entfesselung staatlicher Zwangsgewalt" schlechthin. Auf den Erfolg der Zwangsvollstreckung, den Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners oder gar eine Befriedigung des Gläubigers, ist er nicht gerichtet. Die staatliche Vollstreckungstätigkeit entfaltet sich - ist sie erst einmal durch einen prozeßordnungsmäßigen Vollstreckungsantrag des Gläubigers entfesselt - selbständig, eigengesetzlich und eigenverantwortlich zu dem vom Gläubiger gleichsam als Fernziel erstrebten Vollstreckungseingriff hin. Die formalisierte Verselb-

1) Vgl. BGH NJW 1957, 1926 f.

ständigung des Zwangsvollstreckungsrechts mit seinen strengen Vorschriften über das "Ob" und das für den Erfolg der Vollstreckung ebenso entscheidende "Wie" staatlicher Vollstreckungstätigkeit dient in erster Linie dem ganz überwiegenden Interesse rechtmäßiger, gesicherter und durchgreifender hoheitlicher Vollstreckungstätigkeit der zuständigen Organe und nur mittelbar zugleich auch den Interessen des Gläubigers.

Ein hiernach unter Umständen denkbares (abstraktes) Recht des Gläubigers darauf, daß der Staat überhaupt handele, daß er seinen Vollstreckungsapparat in Bewegung setze, würde, um eine Parallele zum Klagrecht zu ziehen, einem Recht entsprechen, daß nämlich auf einen zulässigen formgerechten, prozeßordnungsmäßigen Antrag hin eine gesetzmäßige Entscheidung überhaupt gefällt werde. Für ein solches abstraktes Recht ist aber in den Hellwigschen Überlegungen zur Rechtsschutzanspruchsproblematik kein Raum, es ist für ihn unergiebig. Wenn es nunmehr jenes Hellwigsche formale, konkrete Vollstreckungsrecht des Gläubigers gegen den Staat nicht gibt, so bleibt allein noch die zugleich von Hellwig anerkannte, im Verhältnis zum Schuldner gesehene des Rechtscharakters im üblichen Sinne entkleidete "Befugnis zum Handeln". Es ist die Möglichkeit, mit einem formgerechten prozeßordnungsgemäßen Vollstreckungsantrag die staatliche Zwangsgewalt zu entfesseln. Ist aber jenes Hellwigsche konkrete Vollstrekkungsrecht nicht mehr als ein bloßes Können, eine prozessuale Möglichkeit, den Vollstreckungsantrag zu stellen, und mit ihm, weil er der titulierten prozessualen Form entspricht, die Vollstreckung auszulösen, so besteht in der Tat zwischen prozessualer Rechtmäßigkeit und materieller Rechtswidrigkeit kein Widerspruch.

Während Hellwig die ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung des Gläubigers als prozessual rechtmäßig doch materiell rechtswidrig beurteilt, spaltet G e i b die Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers in zwei verschiedene Handlungen, nämlich das sogenannte "Vollstreckungsbegehren" gegenüber dem Staat und die "Anspruchsbetätigung" gegenüber dem Schuldner. Auf diese Weise glaubt er den vermeintlichen Widerspruch zwischen prozessualer Rechtmäßigkeit und materieller Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes auszuräumen. Es ist gewiß eine Unmöglichkeit, eine einheitliche Handlung, den Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers, je nach seiner unmittelbaren und mittelbaren Folge in zwei verschiedene Handlungen zu zerlegen, wie wenn man die in ein und derselben Handlung tateinheitlich ver-

wirklichte Verletzung mehrerer Strafgesetze zum Anlaß nehmen wollte, die eine zu beurteilende Handlung je nach ihren strafrechtlichen Folgen in mehrere aufzuspalten. Das bedarf keiner weiteren Erörterung. Doch eines ist bedeutsam und um so mehr zu erwägen: Was versteht Geib unter publizistischer, prozessualer Rechtmäßigkeit des "Vollstreckungsbegehrens"? Dieses Vollstreckungsbegehren Geibs ist das subjektiv öffentliche Recht des Gläubigers gegen den Staat auf Entfesselung seiner Zwangsmittel. Es ist jedoch, wie Geib im Gegensatz zu Hellwig ausdrücklich hervorhebt, kein Recht im eigentlichen Sinne, kein Vollstreckungsanspruch, sondern eine bloße "rechtlich geschützte Befugnis". Zwar wird das, was Geib mit dieser Befugnis meint, durch den Rahmen, in den er sie stellt, daß er nämlich das Vollstreckungsbegehren als Unterfall des Rechtsschutzbegehrens ansieht, einigermaßen verdunkelt, doch lassen sich an folgendem Wesensart und Inhalt jener Befugnis erkennen: Fehlt nach Geib der Privatanspruch, dann handelt der Gläubiger dem Schuldner gegenüber rechtswidrig, "selbst dann, wenn er durch den Vollstreckungstitel das publizistische Recht dem Staat gegenüber erlangt und diese seine Befugnis ordnungsgemäß ausgeübt haben sollte."[1] Das bedeutet doch, daß nur derjenige, der einen gültigen Titel zur Verfügung hat, einen formgerechten, prozeßordnungsmäßigen Vollstreckungsantrag zu stellen vermag. Der Titel gibt überhaupt erst die Möglichkeit hierzu; er ist Voraussetzung für das Auslösenkönnen der Zwangsvollstreckung und in dem Sinne auch notwendige Bedingung für das Geibsche "Vollstreckungsbegehren", das zugleich die "Form" der Verwirklichung des materiellen Anspruchs ist[2]. Wie also schon zuvor die Kritik des Hellwigschen Lösungsversuches zeigte, ist auch bei Geib nur ein Ergebnis denkbar, daß nämlich "Rechtsmäßigkeit" des sogenannten Vollstreckungsbegehrens nicht mehr bedeutet als prozessuale Ordnungsmäßigkeit, Förmlichkeit und daß nur der die Vollstreckungstätigkeit des Staates auslösen kann, der einen gültigen Vollstreckungstitel in der Hand hat. Ob er es darf, steht auf einem anderen Blatt.

Obwohl Geib seine grundsätzlichen Erwägungen zum Verhältnis prozessualer Rechtmäßigkeit und materieller Rechtswidrigkeit bei ungerechtfertigter Vollstreckung mit dem Ergebnis beschließt, daß der Gläubiger, dem ein Privatanspruch gegen den Schuldner nicht zustehe, diesem gegenüber objektivrechts-

1) Geib, S. 68.
2) Geib, S. 68, 106.

widrig handele, charakterisiert er die Schadensersatzpflicht des Gläubigers nach § 717 Abs.2 ZPO als bloße Gefährdungshaftung im Sinne einer Haftpflicht bei rechtmäßigem Verhalten. Dies ist für alle diejenigen Fälle unerklärlich, in denen der Gläubiger die Vollstreckung ohne materiellen Anspruch gegen den Schuldner betrieben hat, denn Geib sagt ja selbst, daß der ohne materiellen Anspruch vollstreckende Gläubiger objektiv rechtswidrig handele. Berücksichtigt man jedoch, daß die Schadensersatzpflicht des Gläubigers nicht nur bei materieller Fehlerhaftigkeit des aufgehobenen Urteils, sondern auch dann besteht, wenn das Urteil nur prozessual fehlerhaft war, so mag sich die Auffassung Geibs von der Gefährdungshaftung des Gläubigers immerhin erklären: Mit "materieller" Rechtswidrigkeit, eben wegen fehlenden materiellen Anspruchs, kann er die Gläubigerhaftpflicht in diesen Fällen nicht begründen. Damit ist nun aber nicht etwa Geibs Auffassung von der Gefährdungshaftung des Gläubigers bewiesen. Es bleibt vielmehr ein ungelöster Rest in dem Sinne, als zwar feststeht, daß die Vollstreckung ohne materiellen Anspruch rechtswidrig sei, ungeklärt ist jedoch, ob nicht zusätzlich das Fehlen anderer, formeller Voraussetzungen in gleicher Weise die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes zur Folge hat.

Stein verlagert den vermeintlichen Widerspruch zwischen gleichzeitiger formeller Rechtmäßigkeit und materieller Rechtswidrigkeit des Vollstrekkungsbetriebes auf die Ebene der "relativen Rechte". Der Vollstreckungsgläubiger, der vermöge seines Titels ein publizistisches Recht gegen den Staat habe, übe mit diesem seinen Vollstreckungsanspruch nur ein relatives Recht gegenüber dem Staat aus. Das jedoch schließe nicht aus, daß die einerseits dem Staat gegenüber rechtmäßige Handlung dem Schuldner gegenüber rechtswidrig sein könne. Diese Argumentation ist insofern nicht schlüssig, als der Erscheinung sogenannter relativer Rechte nicht die einer relativen Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit entspricht. Die Rechtsordnung kennt nur ein einheitliches Rechtmäßigkeits- oder Rechtswidrigkeitsurteil. Das bedarf keiner weiteren Erörterung.

Indes fragt es sich, ob nicht Stein mit seinem Lösungsversuch etwas anderes meint und will, als er mit dem Satz des Anstoßes von der Ausübung relativer Rechte als relativ rechtmäßig zum Ausdruck bringt. Das liegt besonders nahe im Hinblick auf jenes von Stein zur Bekräftigung seiner "Relativitätstheorie" angeführte Jagdscheinbeispiel. Offenbar wurzelt seine Argumentation darin, daß ein bestimmtes Handeln auch dann rechtswidrig sein könne, wenn und ob-

gleich es die Betätigung eines dem Handeln zustehenden Rechts beinhalte, nämlich dann, wenn dieses Recht wegen seines nur auf eine ganz bestimmte Ordnungsfunktion ausgerichteten Inhalts nicht auf die Rechtfertigung des zu beurteilenden Gesamtverhaltens angelegt ist und hierzu nicht ausreicht. Das zeigt deutlich Steins Jagdscheinbeispiel: Der Wilderer, der im Besitz eines gültigen Jagdscheins ist, macht von seinem publizistischen Recht Gebrauch, überhaupt jagen zu dürfen, und der Jagdpächter, der in seinem Reviere ohne Jagdschein jagt, betätigt sein privates Jagdrecht. Und doch handeln beide rechtswidrig. Das private Jagdrecht rechtfertigt es nicht, ohne gültigen Jagdschein zu jagen, und umgekehrt rechtfertigt das auf dem Besitz des Jagdscheins beruhende Recht, überhaupt jagen zu dürfen, nicht das Jagen in fremdem Jagdrevier, das Wildern. Nur wenn man das Jagen sowohl von der öffentlich-rechtlichen als auch von der privatrechtlichen Seite her zugleich betrachtet, also die Voraussetzungen beider begrenzter Rechte als Maßstab anlegt, ist ein der Gesamtrechtsordnung angemessenes Rechtmäßigkeitsurteil möglich. Daß eine rechtswidrige Handlung zugleich die Berätigung eines dem Handelnden zustehenden Rechts beinhalten kann, ist die Kehrseite jener Erscheinung, daß ein und dieselbe Handlung gegen verschiedene Verbotsnormen verstoßen kann und liegt begründet in der tatsächlichen Vielschichtigkeit alltäglicher Lebensvorgänge. Diese erheischen eine ebenso vielschichtige positivgesetzliche Regelung, die aber nur in ihrer Einheit und Gesamtheit ein Rechtmäßigkeits- oder Rechtswidrigkeitsurteil zuläßt.

Will man also überhaupt ein formal bedingtes, publizistisches Vollstreckungsrecht des Gläubigers gegen den Staat annehmen, so ist es wegen seiner inhaltlichen Begrenztheit weder darauf angelegt noch geeignet, den in die Rechtssphäre des Schuldners eingreifenden Vollstreckungsbetrieb zu rechtfertigen. Denn Bedeutung und Wirkung jenes formalen Vollstreckungsrechts beschränken sich allein auf den Gläubiger-Staat-, Staat-Schuldner-Bereich, die privaten Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner berührt es nicht. Das bestätigt Rosenberg mit der Feststellung, daß das "Vollstreckungsrechtsverhältnis überhaupt nicht zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern zwischen Staat und Gläubiger auf der einen und zwischen Staat und Schuldner auf der anderen Seite" bestehe.[1)] Die Formalisierung des Zwangsvollstrekkungsrechts dient nämlich in allererster Linie den Interessen der staatlichen Vollstreckungsorgane und ihrer eigenverantwortlichen Vollstreckungstätigkeit und gibt lediglich die Grundlage für deren recht- und pflichtmäßiges Handeln

1) Rosenberg, Lehrb. § 170 II, 3.

ab, nicht aber für ein rechtmäßiges gläubigerisches Vollstreckungshandeln. Ein formal gedachtes, publizistisches Vollstreckungsrecht des Gläubigers als Spiegelbild jener staatlichen, formal bedingten Vollstrekkungspflicht kann also keinesfalls mehr geben als die Quelle, von der es selbst lebt. Es müßte mithin, um im Bilde des Steinschen Jagdscheinbeispiels zu bleiben, der gläubigerische Vollstreckungsbetrieb zugleich die Ausübung zweier Rechte, jenes angeblichen publizistischen Vollstrekkungsrechts und des privaten gläubigerischen Rechts sein, also den Voraussetzungen beider Rechte entsprechen, um im Sinne der Gesamtrechtsordnung rechtmäßig zu sein. In diesem Sinne hat u.U. auch Geibs These von der "doppelten Aktion" des Vollstreckungsbetriebes noch eine gewisse Berechtigung, als sie nämlich besagt, daß jenes Vollstreckungsbegehren wegen seiner "doppelten Aktion" aus der Sicht verschiedener Teile der Gesamtrechtsordnung betrachtet wird, daß aber nur eine Gesamtbeurteilung aus dieser und zugleich jener Sicht das Rechtmäßigkeitsurteil zu begründen vermag.

Stein hat nun allerdings bei allen seinen Überlegungen die Existenz eines formellen, publizistischen Vollstreckungsrechts im Sinne eines subjektiven relativen Rechtes des Gläubigers gegen den Staat auf Betätigung hoheitlichen Zwanges unterstellt. Es sei in seinem Wesen jenem publizistischen Recht des Jägers auf Jagdausübung vergleichbar, das diesem auf Grund gültigen Jagdscheins zustehe. Doch soll gerade dieser Vergleich den entscheidenden Unterschied beider nach Stein gleichartiger Rechte verdeutlichen, nämlich daß jenes publizistische Vollstreckungsrecht überhaupt des Rechtscharakters entbehrt: Unter der Voraussetzung, daß der Jäger im Besitze eines Jagdscheins ist, steht ihm das publizistische, generelle Recht auf Jagdausübung zu. Jagen k a n n er jedoch auch ohne im Besitz eines Jagdscheins zu sein, sofern er nur das erforderliche Gerät hat. Der Besitz des Jagdscheins wie auch die Existenz eines privaten subjektiven Jagdrechts sind nur für die Beurteilung des Handelns schlechthin von Bedeutung. Anders verhält es sich jedoch mit dem Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers. Nur ein titulierter Vollstreckungsantrag kann begriffsnotwendig als prozessual formgerechtes Vollstreckungsbegehren die staatliche Vollstreckungstätigkeit auslösen. Nur der formgerechte titulierte Vollstreckungsbetrieb kommt als "conditio sine qua non" für den möglicherweise schädigenden Vollstreckungseingriff in Betracht. Der titulierte Vollstreckungsantrag des Gläubigers ist jene nur in dieser Form denkbare Vollstreckungshandlung,

um deren Bewertung als rechtmäßig oder rechtswidrig es geht. Ein Recht des Gläubigers, das diese nur in bestimmter prozessualer Form denkbare Vollstreckungshandlung rechtfertigen könnte, kann also unmöglich wiederum nur auf dem gültigen Titel beruhen. Denn seine Existenz ist ja überhaupt erst die Voraussetzung dafür, daß ein gläubigerisches Vollstrekkungshandeln möglich ist und als solches Gegenstand der Bewertung als rechtmäßig oder rechtswidrig wird. Wollte man die rechtfertigende Kraft des gültigen Vollstreckungstitels annehmen, so wäre es dasselbe, als wenn man sagen würde, das Jagen sei bereits rechtens, wenn man über die nötigen Gerätschaften verfüge. Doch unter diesen Voraussetzungen ist es überhaupt nur erst möglich.

Bei Stein ist uns nach alledem ein Doppeltes deutlich geworden: Einmal, daß es ein publizistisches formales, titelbedingtes, konkretes Vollstrekkungsrecht in Wahrheit nicht gibt. Zum anderen, daß dieses Recht - seine Existenz unterstellt - wegen seines begrenzten Inhalts und seiner begrenzten, nur die publizistische Seite des Vollstreckungsbetriebes erfassenden Ordnungsfunktion jedenfalls nicht geeignet wäre und ausreichte, das gläubigerische Vollstreckungshandeln zu rechtfertigen.

Das hat insbesondere Goldschmidt im Anschluß an Hellwigs, Geibs und Steins Lösungsversuche sehr wohl erkannt und dazu bewogen, auf der Grundlage seiner Theorie vom sogenannten "materiellen Justizrecht" einen nicht nur formal, sondern im wesentlichen materiell bedingten konkreten Vollstreckungsanspruch zu konstruieren. Den formal bedingten konkreten Vollstreckungsanspruch lehnt Goldschmidt zu Recht mit der Begründung ab, ein solches konkret gedachtes formelles Vollstreckungsrecht sei eine dem Prozeßrecht unangemessene Erscheinung, denn der Prozeß sei nur als Durchgang zu der erstrebten, bestimmten gerichtlichen Entscheidung hin aufzufassen. Er beinhalte die Entwicklung zu dieser Entscheidung hin. Das Prozeßrecht regele, wie sie zu finden, nicht welcher Inhalt ihr zu geben sei. Diese Überlegung veranlaßte Goldschmidt nun aber keineswegs dazu, den Gedanken an ein konkretes Vollstreckungsrecht als Unterfall des Rechtsschutzanspruchs überhaupt aufzugeben. Er hielt vielmehr an der Existenz eines konkreten Vollstreckungsanspruchs fest, gab ihm jedoch einen anderen Inhalt als bisher: Er gründe sich weder auf das Prozeßrecht noch auf das Privatrecht; jenem sei er nicht angemessen und aus diesem könne er um deswillen nicht erwachsen, weil es ein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Pri-

vatperson nicht zu begründen vermöge. Er entspringe vielmehr dem sogenannten "materiellen Justizrecht". Das Gegenstück dieses konkreten Vollstreckungsanspruches als eines subjektiven materiellen Justizrechts sei die staatliche Pflicht zur Vollstreckung, und ihr wiederum entspreche das staatliche Recht zur Vollstreckung, das sog. "ius exequendi".[1] Dieses und der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers, der seinen Vollstreckungsbetrieb rechtfertige, seien "komplementäre Rechte".

Die Konstruktion des im wesentlichen materiell bedingten Goldschmidtschen Vollstreckungsrechtes zeigt ihre entscheidende Schwäche und Ungereimtheit in der These von der rechtfertigenden Wirkung eines bindenden Dienstbefehls in Gestalt des formalen Vollstreckungstitels, der das sog. staatliche Vollstreckungsrecht, das "ius executionis" begründe. Die Wurzel dieser sich hier zeigenden Disparatheit liegt in der Feststellung, der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers und das staatliche Recht zur Vollstreckung seien komplementäre Rechte. Hier erweist sich Goldschmidts Konstruktion als ein der Wirklichkeit des geltenden Zwangsvollstreckungsrechts zuwiderlaufendes Unding. Doch trotzt dieses gesamtkonstruktiven Widerspruchs in Goldschmidts Lösungsversuch hat er mit seinem sowohl materiell als auch formell bedingten Vollstreckungsrecht des Gläubigers erstmals die nach seiner Ansicht erforderlichen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebs herausgestellt.

Erste und wesentliche Voraussetzung ist die Existenz des materiellen Anspruches, des "Privatrechtsanspruchs".[2] Fehlt dieser, so ist der titulierte Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers objektiv rechtswidrig, auch wenn er prozeßordnungsmäßig, rechtsförmlich, formgerecht ist.[3] Zur Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes gehört nach Goldschmidt jedoch nicht allein das Bestehen des Privatrechtsanspruchs, sondern "unter allen Umständen auch ein korrekter Titel".[4] Wird der Titel bei Bestehen des materiellen Anspruchs "aus einem prozessualen Grunde" aufgehoben, "so ist damit ausgesprochen, daß der Vollstreckungsbetrieb sogar formell unzu-

1) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 78.
2) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 26.
3) Goldschmidt, a.a.O., S. 74 Anm. 1.
4) Goldschmidt, a.a.O., S. 5.

lässig war". Auf die materielle Rechtfertigung der Vollstreckung komme es in diesem Falle überhaupt nicht mehr an.[1] Im gleichen Zusammenhang spricht Goldschmidt von der "prozessualen Unzulässigkeit des aufgehobenen Titels" als eines Grundes für die Schadensersatzpflicht des Gläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO, einer Haftung für widerrechtliches Verhalten. Was Goldschmidt hier meint, erscheint nicht völlig widerspruchsfrei. Versteht man nämlich unter "formell unzulässig" so viel wie nicht prozeßordnungsgemäß, nicht formgerecht, so trifft es nicht zu, wenn Goldschmidt sagt, in den Fällen, in denen der Vollstreckungstitel aus prozessualen Gründen aufgehoben werde, sei damit zugleich ausgesprochen, "daß der Vollstreckungsbetrieb sogar formell unzulässig war". Denn prozeßordnungsgemäß, formgerecht ist der Vollstreckungsbetrieb dann, und sofern nur ein gültiger Vollstreckungstitel vorliegt. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob dieser Titel prozessual oder materiell "korrekt", d.h. fehlerfrei, richtig ist. Die Vollstreckungsorgane haben den Titel weder auf seine formelle noch auf seine materielle Richtigkeit - im Gegensatz zur Gültigkeit - zu prüfen. Nur dann, wenn man den Satz Goldschmidts so versteht, daß in den Fällen, in denen der Vollstreckungstitel aus prozessualen Gründen aufgehoben wurde, der Vollstreckungsbetrieb sogar schon aus formellen Gründen rechtswidrig sei, so daß es auf eine materielle Begründung der Rechtswidrigkeit nicht mehr ankomme, ist Goldschmidts Argumentation widerspruchsfrei.

Eine weitere Unklarheit in den Überlegungen Goldschmidts ist darin zu sehen, daß er nicht deutlich genug erkennen läßt, in welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung gegeben sein müssen. Er stellt nämlich fest, daß die Bedingungen für die Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes insbesondere dann nicht gegeben seien, wenn die Aufhebung des Titels auf Grund von Einwendungen erfolge, "die erst nach Titelbegründung oder gar erst nach der Vollstreckung entstanden" seien[2]. Das würde bedeuten, daß der Gläubiger, der im Besitze eines materiell und formell fehlerhaften Titels ist und aus diesem die Vollstreckung betreibt, dann nicht rechtswidrig handelt, wenn der im Titel zugesprochene Anspruch nach der Titelbegründung, jedoch vor Beginn der Vollstreckung erloschen ist. Richtig kann aber nur sein, daß die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes allein und gerade dann noch gegeben sein müssen,

1) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 5.
2) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 4.

wenn der Gläubiger mit seinem Vollstreckungshandeln die conditio sine qua non für den Vollstreckungseingriff in die Rechtssphäre des Schuldners setzt. Das ist regelmäßig der Augenblick, in dem er den Gerichtsvollzieher beauftragt. Der Zeitpunkt der Titelbegründung in der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens ist nicht entscheidend. Daher ist es auch irreführend, von der "materiellen Richtigkeit" des Vollstrekkungstitels als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung zu sprechen. Denn der Maßstab für die materiellrechtliche Richtigkeit des Urteils kann sich immer nur auf den Zeitpunkt der Titelbegründung in der letzten mündlichen Verhandlung beziehen. Derjenige Gläubiger, der infolge des indirekten Zwanges der angekündigten Vollstreckung das Seine vom Schuldner erhält und trotzdem den Vollstreckungsantrag stellt oder aufrechterhält, betreibt die Zwangsvollstreckung zwar aus einem materiell richtigen Urteil. Aber es fehlt dennoch der materielle Anspruch, und deshalb ist es richtiger, wenn man als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes nicht auf die materielle Richtigkeit des Titels, sondern darauf abstellt, daß er auch noch zur Zeit des Vollstreckungsbeginns der möglicherweise geänderten materiellen Rechtslage entspricht, und daß der Anspruch auch prozessual fehlerfrei festgestellt ist.

Mit den gemachten Einschränkungen und unter Vorbehalt einer bei Goldschmidt fehlenden näheren Begründung der nicht nur materiell, sondern auch formell bedingten Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes sind die von Goldschmidt erstmals herausgestellten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen richtig erkannt und beurteilt. Sein "materielles Justizrecht" ist gleichsam die Zusammenstellung aller formellen und materiellen Rechtsregeln, die aus der Sicht der Gesamtrechtsordnung ein umfassendes Rechtmäßigkeits- oder Rechtswidrigkeitsurteil zulassen. Das gilt allerdings nur für die Beurteilung des gläubigerischen Vollstreckungshandelns, nicht hingegen für die hoheitliche Vollstreckungstätigkeit der staatlichen Organe. Die Goldschmidtsche Behauptung von dem korrespondierenden gläubigerischen Vollstreckungsrecht auf der einen und dem staatlichen Vollstreckungsrecht, dem "ius exequendi" im Gegensatz zum "ius executionis" auf der anderen Seite ist, wie man leicht erkennt, falsch.

Weder Niese noch Eb. Schmidt haben sich unmittelbar mit der Frage, wie das die Schadenersatzpflicht nach § 717 Abs. 2 ZPO auslösende Gläubigerhandeln zu bewerten sei, befaßt. Im Mittelpunkt ihres Interesses stehen die hoheitlichen Vollstreckungshandlungen der staatlichen Organe. Ihre Vollstrek-

kungstätigkeit auf Grund materiell unrichtiger Urteile bewerten Niese und Eb. Schmidt sowohl für den Bereich des Strafvollzugs als auch für den der zivilen Zwangsvollstreckung als durchweg rechtswidrig. Denn die Folge eines unrichtigen Urteils sei im materiellen Raum stets die objektive Rechtswidrigkeit. Ihre Bestätigung soll diese These in den eingangs dieser Arbeit aufgezeigten positivgesetzlichen Schadensersatznormen der ZPO finden, denn es sei "allgemein anerkannt", daß Haftungsgrundlage in all' diesen Fällen die objektive Widerrechtlichkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes sei. Der Mangel dieser Argumentation liegt auf der Hand, und das wird noch um so deutlicher, wenn man bedenkt, daß auch die hoheitlichen Vollzugshandlungen im Bereich der Strafvollstreckung unterschiedslos in diese Überlegungen einbezogen sind. Ganz abgesehen davon, daß die Auffassung von der objektiven Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes keineswegs so allgemein anerkannt ist, wie es Niese meint, so müßte sie doch jedenfalls erst einmal bewiesen werden, um überhaupt aus ihr irgendwelche Schlüsse auf eine Widerrechtlichkeit jeglicher auf unrichtigen Urteilen beruhender Vollstreckung ziehen zu können. Andererseits ist auch die behauptete Widerrechtlichkeit jeder auf materiell unrichtigem Urteil beruhender Vollstreckung nicht geeignet, die Schadensersatzpflicht des Gläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO zu erklären, denn dieser haftet auch dann, wenn der materielle Anspruch besteht und das Urteil nur formell fehlerhaft ist. Doch von alledem ganz abgesehen erweist sich die Auffassung von der Rechtswidrigkeit der Urteilsvollstreckung als notwendig im materiellen Rechtsraum eintretende Folge des unrichtigen Urteils als nicht überzeugend. Es trifft sicherlich zu, wenn Niese feststellt, das Urteil als Ergebnis eines logischen Denkvorganges, als einer vom Gericht gewonnenen Erkenntnis könne so gesehen niemals rechtmäßig oder rechtswidrig, sondern stets nur richtig oder falsch sein. Das folgt allein schon aus der Überlegung, daß eine in bestimmter Weise gewonnene logische Erkenntnis wie eine bestimmte Überzeugung zwar ausschlaggebend für ein entsprechendes aus dieser Überzeugung, Erkenntnis, erwachsendes Handeln ist, daß aber nur eine Handlung der Wertkategorie rechtmäßig - rechtswidrig unterworfen ist, nicht jedoch die Überzeugung als ihr geistiger Ursprung. Doch, so könnte man argumentieren, das Urteil,das der Zwangsvollstreckung zugrunde liegt, enthalte und sei nicht allein logische Erkenntnis, Feststellung, was

rechtens sei, sondern es beinhalte und stelle auch zugleich einen sog. Leistungsbefehl an den Beklagten zur Erfüllung seiner Schuld dar.[1] Dieser Leistungsbefehl und damit auch das Urteil könne daher im materiellen Rechtsraum wie jeder andere Befehl auch rechtswidrig sein. Das wäre sicherlich richtig, wenn das Leistungsurteil wirklich einen Leistungsbefehl, einen Befehl im eigentlichen Sinne darstellte. Das erscheint jedoch zumindest zweifelhaft, wenn man bedenkt, daß hinter dem sog. Leistungsbefehl nicht ein auf eigener staatlicher Initiative beruhender staatlicher Zwang steht. Die von Niese sogenannte imperativische Funktion des Leistungsurteils liegt allein darin, daß es als hoheitliches bindendes Erkenntnis dessen, was zwischen den Parteien rechtens sei, darauf angelegt ist, daß sich der Gläubiger seiner zum Zwecke der Zwangsvollstreckung bedienen kann, und daß sich der Schuldner stets sagen muß, wenn er nicht freiwillig leiste, könne sich der Gläubiger das ihm Geschuldete auf Grund des hoheitlichen, gerichtlichen Erkenntnisses zwangsweise verschaffen. Wäre die notwendige Folge des Leistungsurteils die auf Initiative des Gläubigers erfolgende Vollstreckung, so wäre die Funktion des Leistungsurteils eine warnende, aber keine befehlende. Da aber die Vollstreckung dem Leistungsurteil nicht notwendig, sondern nur möglich oder wahrscheinlich folgt, kann man nur etwa von einer abgeschwächt warnenden Funktion des Urteils, nicht jedoch von einer befehlenden Funktion im eigentlichen Sinne sprechen. Es liegt also auf der Hand, das Urteil als gerichtliches Erkenntnis nur dann als rechtswidrig anzusehen, wenn das Gericht das Recht gebeugt hat, nicht aber schon dann, wenn es lediglich einem Irrtum bei der Rechtsanwendung erlegen ist. Indes, selbst wenn man einmal unterstellt, das bloß unrichtige Leistungsurteil sei als rechtswidriger Befehl zugleich auch rechtswidrig, so läßt das noch nicht den Schluß zu, daß aus dem unrichtigen Leistungsurteil mit Notwendigkeit im materiellen Rechtsraum wieder nur Rechtswidrigkeit resultieren könne und daß daher die Vollstreckung eines unrichtigen Urteils stets nur rechtswidrig sei. Es kann doch notwendig nur solches Vollstrekkungshandeln rechtswidrig sein, das ein entsprechendes Gegenstück zu diesem unrichtigen Leistungsurteil ist, d.h. die Befolgung jenes rechtswidrigen Befehls durch den Adressaten. Aber an wen richtet sich der Leistungsbefehl? Doch nur an den zur Leistung verpflichteten Schuldner und nicht an die

1) Niese, S. 118 spricht von der "materiellen, imperativischen Funktion" des Leistungsurteils.

staatlichen Vollstreckungsorgane oder den Gläubiger. Aber nur wenn dem so wäre, könnte hier der Schluß von dem unrichtigen Urteil als eines rechtswidrigen Leistungsbefehls auf ein ebenso rechtswidriges Vollstrekkungshandeln des Gläubigers oder der Vollstreckungsorgane überzeugen. Richtig erscheint mir jedoch folgende Überlegung: Der Vollstreckungsgläubiger, der gegen seinen säumigen Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung vorgehen will, macht sich das richterliche Erkenntnis, jene richterliche hoheitliche Überzeugung von dem, was zwischen Kläger und Beklagtem rechtens sei, zunutze und damit gleichsam wie seine eigene, persönliche Überzeugung zur Grundlage seines eigenverantwortlichen Vollstreckungsbetriebes. So erklärt es sich, um dem Ergebnis kurz vorwegzugreifen, daß der Gläubiger für die formale und materielle Richtigkeit des Titels einzustehen hat, die Vollstreckungsorgane hingegen nur dafür verantwortlich sind, daß die der Vollstreckung zugrunde liegende Erkenntnis nicht nur die persönliche Überzeugung des vollstreckenden Gläubigers, sondern eine im vollstreckbaren Urteil verkörperte hoheitliche, gerichtliche Erkenntnis ist. Die Vollstreckungsorgane sind an die Existenz des vollstreckbaren Titels bis zu seiner Aufhebung gebunden. Dieses Gebundensein wie auch die Beständigkeit hoheitlicher Akte bis zu ihrer formellen Aufhebung sind einerseits ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, zum anderen eine dem Interesse der Rechtssicherheit dienende höhere Notwendigkeit. Letzteres gilt zugleich für die Rechtskraft der Urteile, die im Interesse des Rechtsfriedens grundsätzlich jede weitere Sachentscheidung und damit das Aufstellen eines neuen, u.U. richtigen Erkenntnisses hindert.[1] Solange also ein gerichtliches Urteil formal besteht, ist es dem Vollstreckungsschuldner nicht möglich, die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes in irgendeiner Form gerichtlich festzustellen und ausgleichen zu lassen. Der Schuldner muß zunächst und vor allem auf die Beseitigung des Erkenntnisses hinwirken. Solange die Entscheidung noch nicht rechtskräftig ist, hat er stets noch die Möglichkeit, in der Folgeinstanz ein richtiges Urteil zu erstreiten. Mit der Rechtskraft der Entscheidung ist ihm jedoch diese Möglichkeit grundsätzlich genommen, und es bleibt die Rechtswidrigkeit als ein "ungelöster Rest" bestehen[2]. Das gilt jedoch nur im Hinblick auf den Vollstreckungsbetrieb des

1) So die heute überwiegend anerkannte prozessuale Rechtskrafttheorie.

2) Niese S. 113. Vgl. demgegenüber BVerwG DöV 1964, 132 im Anschluß an BVerfGE 7, 194: "Es steht daher dem Gesetzgeber frei, welchem der beiden Grundsätze (Gerechtigkeit, Rechtssicherheit) er im Falle des Widerstreits den Vorrang geben will."

Gläubigers, nicht aber für die Vollstreckungstätigkeit des Staates, dessen Handlungen Niese und Eb. Schmidt ebenfalls als rechtswidrig ansehen, wobei jedoch die Notwehr des Schuldners aus Gründen der Rechtssicherheit ausgeschlossen sein soll. Im Blick auf den staatlichen Urteilsvollzug scheinen Niese und Eb. Schmidt die Begriffe positivgesetzliche Rechtswidrigkeit und Ungerechtigkeit zu verwechseln.

Das zeigt sich am Beispiel des staatlichen Strafvollzuges: Urteilsvollstrekkung und Urteilsvollzug auch eines fehlerhaften Urteils sind rechtmäßig, denn der Gesetzgeber hat beim Vollzug rechtskräftiger Urteile die Rechtssicherheit der Gerechtigkeit übergeordnet. Doch wird die Ungerechtigkeit, die einem zu Unrecht Verurteilten widerfährt und widerfahren ist, auf andere Weise (Gnadenweg, Entschädigung) nach Möglichkeit beseitigt oder wieder ausgeglichen.

Den vermeintlichen Widerspruch zwischen der sog. prozessualen Rechtmäßigkeit des titulierten Vollstreckungsbetriebes einerseits und seiner sog. materiellen Rechtswidrigkeit andererseits räumt Niese wie zuvor schon Goldschmidt zutreffend mit dem Hinweis darauf aus, daß es in Ermanglung von Parteipflichten im Prozeß eine prozessuale Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit nicht geben könne. Das Prozeßrecht regele lediglich die Frage, ob eine bestimmte Prozeßhandlung nach den prozessualen Spielregeln formgerecht und in diesem Sinne prozessual zulässig sei. Die Zulässigkeit sei das der prozessualen Funktion einer Prozeßhandlung allein angemessene Werturteil. Soweit die Handlung jedoch über den begrenzten prozessualen Rechtsraum hinausreiche und in die Rechte eines anderen eingreife, sei das ihr angemessene, ihrer materiellen Funktion entsprechende Werturteil das der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit. Die sog. doppelfunktionellen Prozeßhandlungen würden also sowohl vom Prozeßrecht als auch vom materiellen Recht bewertet; eine Kollision beider Wertungen trete nicht ein.

Hierzu ist folgendes zu bemerken: Geht man davon aus, daß jene, nach ihrem unmittelbaren prozessualen und mittelbaren materiellen Wirkungen sog. doppelfunktionellen Prozeßhandlungen sowohl vom Prozeßrecht als auch vom materiellen Recht bewertet werden, so bedeutet das, daß sie sowohl die Vorschriften dieses als auch jenes Teils der Gesamtrechtsordnung erfüllen müssen, um im Sinne eines für die Gesamtrechtsordnung geltenden Werturteils rechtmäßig zu sein. Daraus folgt wiederum, daß ein nur prozeßordnungs-

mäßiges, zulässiges Gläubigerhandeln nicht rechtmäßig sein kann, daß es also eine begrenzt prozessuale Rechtmäßigkeit nicht gibt. Auf der anderen Seite ist bereits der nicht prozeßordnungsmäßige Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers rechtswidrig, auch wenn die vom materiellen Recht aufgestellten Voraussetzungen gegeben sind. Dies läßt sich durchaus mit der Feststellung vereinbaren, daß zur Rechtmäßigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes auch die Prozeßordnungsmäßigkeit des Titels, seine prozessuale Makellosigkeit gehöre. Denn einerseits ist auch die Nichtigkeit, Ungültigkeit eines Titels nur die Folge ganz besonderer Fehlerhaftigkeit, zum anderen ist das Fehlen des Titels überhaupt ein Mehr gegenüber einer bloßen Fehlerhaftigkeit des vollstreckbaren Urteils.

Nach Niese und Eb. Schmidt bedeutet prozessual zulässig zugleich nichts anderes als der prozessualen Form entsprechend, oder kurz gesagt in prozessual vorgeschriebener Form. Damit ist aber keinerlei Werturteil über die förmliche Handlung abgegeben. Die Zulässigkeit ist so gesehen lediglich ein Merkmal, eine äußere Eigenschaft der Handlung, die erst als solche auf ihre Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit hin zu überprüfen ist.

Sowohl die erste als auch die zweite Überlegung bestätigen die Auffassung, daß der vermeintliche Widerspruch zwischen prozessualer Rechtmäßigkeit und materieller Rechtswidrigkeit nicht besteht. Welche der beiden Überlegungen jedoch im Ergebnis den Vorzug verdient, soll später entschieden werden.

Im Anschluß an Goldschmidt, Niese und Eb. Schmidt lehnt schließlich noch Fischer-Fischerhof mit Recht die Existenz eines bloß formal bedingten, prozessualen Rechts zur Zwangsvollstreckung ab, d.h. eines Rechts, das den Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers allein auf Grund der formalen Makellosigkeit rechtfertigen könnte. Denn daraus, daß die Rechte im prozessualen Sinne nicht mit einem eigenen Dürfen verbunden seien, folge, daß sie nicht die Rechtswidrigkeit ausschlössen. Richtig ist ferner Fischer-Fischerhofs Auffassung von der Bedeutung des Vollstreckungstitels: "er gibt lediglich als solcher dem Gläubiger eine des Rechtscharakters im üblichen Sinne entkleidete Möglichkeit, die Vollstreckung auszulösen, die sich allein aus staatlichem

Rechte mit Notwendigkeit entfaltet".[1]

Irrig ist jedoch - soviel sei in diesem Zusammenhang kurz gesagt - die Ansicht Fischer-Fischerhofs, der staatlichen Vollstreckungstätigkeit sei allein eine prozessuale Betrachtungsweise angemessen. Die ungerechtfertigte Vollstreckungstätigkeit sei als gesetzmäßige Betätigung der Staatsgewalt nur und ausschließlich zulässig, eine materielle Wertung finde nicht statt. Wie für jedes andere, in die Rechtssphäre des einzelnen eingreifende Handeln ist selbstverständlich auch die Tätigkeit der Vollstreckungsorgane der allgemeinen, überprozessualen Wertung der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit unterworfen. Die formalisierten Zwangsvollstreckungsvorschriften geben die Grundlage für die Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der staatlichen Vollstreckungstätigkeit ab. Insoweit ist Förmlichkeit, Zulässigkeit gleichbedeutend mit Rechtmäßigkeit.[2]

---

1) Fischer-Fischerhof, S. 66. Vgl. BVerwG MDR 1964, 172: "Die Verfahrensgesetze konkretisieren jedoch den Rechtsgedanken des Art. 19 Abs. 4 GG jedenfalls insoweit, als der Rechtsschutz, den die Verfassung garantiert, zunächst nur auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege und nur mit den gesetzlich vorhandenen Möglichkeiten realisiert werden kann.

2) Dieses Ergebnis scheint im Widerspruch zum Widerstandstatbestand des § 113 StGB zu stehen. Denn anerkanntermaßen ist ein Widerstandsrecht nicht schlechthin in allen Fällen formal fehlerhafter Vollstreckungstätigkeit gegeben, sondern nur bei besonders gravierenden, offenkundigen Mängeln. In Wahrheit besteht jener scheinbare Widerspruch jedoch nicht, wie eine Gegenüberstellung der §§ 53 und 113 StGB zeigt: Leicht fehlerhafte Vollstreckungstätigkeit ist zwar rechtswidrig, doch ist der gewaltsame Widerstand eine seiner Art nach nicht "erforderliche" Verteidigung und insofern nicht durch Notwehr gerechtfertigt. Die ZPO verweist den Schuldner in erster Linie auf die dort eingeräumten prozessualen Rechtsmittel, insbesondere das des § 766 ZPO, deren er sich als der regelmäßig erforderlichen Maßnahmen zur hinreichenden Verteidigung seiner Interessen bedienen muß. In diesem Sinne ist die in ihrem Wortlaut verfehlte Vorschrift des § 113 StGB, die gleichsam das "erforderlich" des § 53 StGB als ungeschriebenes Merkmal enthält, zu verstehen und auszulegen.

4. Abschnitt: Eigener Lösungsversuch

Der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers, der darin besteht, daß er einen prozessual formgerechten Antrag auf Vornahme der staatlichen Vollstrekkungstätigkeit zur Befriedigung seines Anspruchs gegen den Schuldner stellt oder aufrecht erhält, führt über das Zwischenglied staatlichen Vollstrekkungshandelns mittelbar zu dem Eingriff in die absolut geschützte Rechtssphäre des Schuldners. Zur Verdeutlichung sei auf die mittelbare Täterschaft im Strafrecht hingewiesen, die mittelbare Begehung einer Straftat vermittelst eines unmittelbar handelnden Werkzeuges. Zweck und Ziel des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes ist der Eingriff in Freiheit und Eigentum des Schuldners, auch wenn der Vollstreckungsantrag unmittelbar zunächst auf Entfesselung staatlicher Vollstreckungstätigkeit, staatlicher Zwangsmittel gerichtet ist, denn der Gläubiger kann sein Ziel nur über die staatlichen Vollstreckungsorgane erreichen.

Nach der herkömmlichen Lehre eines objektiven, am Erfolg ausgerichteten Unrechtsbegriffs ist rechtswidrig jedes Handeln, das einen für einen Dritten schädlichen Erfolg herbeiführt, den dieser, weil in sein absolut geschütztes Recht eingegriffen wird, nicht hinzunehmen braucht.[1] Hiernach ist der gläubigerische Vollstreckungsbetrieb grundsätzlich, d.h. beim Fehlen eines Eingriffsrechts, rechtswidrig.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung steht eine neuere im Anschluß an Welzel[2] und eine Entscheidung des großen Strafsenats des Bundesgerichtshofs[3] durch Nipperdey[4] zur Diskussion gestellte Lehre eines personalen, handlungsbezogenen Unrechtsbegriffs. Hiernach ist bei nicht vorsätzlichem Handeln die adäquate Verursachung eines Erfolges nicht schlechthin, sondern nur dann rechtswidrig, wenn der Handelnde entweder gegen spezielle von der Rechtsordnung aufgestellte Verhaltensregeln verstoßen, oder doch die zur Vermeidung eines solchen Erfolges generell geforderte Sorgfalt nicht beobachtet hat. Die Einhaltung der objektiven im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sei als sozial adäquate Rechtsgüterverletzung rechtmäßig.[5] Die Sorg-

1) Stoll in JZ 1958, 137; Staudinger-Werner Vorbem. 60 f zu § 276.
2) Welzel, Bild S. 25 ff.; 31 ff.
3) BGHSt 2, 194.
4) Nipperdey in Enn.-Nipp. AT, S. 1277 ff.; in NJW 1957, 1777 ff.
5) Nipperdey in NJW 1957, 1777 f.

falt sei ein Handeln mit Sorge, Aufmerksamkeit, Beharrlichkeit, dem nötigen Nachdenken und Zeitaufwand.[1] Die erforderliche Sorgfalt bestimme sich danach, was in der konkreten Situation nach der Art der vorzunehmenden Tätigkeit von einem dem sachkundigen Verkehrskreis zugehörigen normalen ordentlichen und verständigen Menschen erwartet werde.[2] Legt man diese Lehre der Beurteilung des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes zugrunde, so handelt der Gläubiger nur rechtswidrig, wenn er gegen spezielle auf den Vollstreckungsbetrieb bezogene, von der Rechtsordnung aufgestellte Verhaltensregeln verstößt, also normwidrig handelt, oder die zur Vermeidung des schädigenden Erfolges allgemein geforderte Sorgfalt außer acht läßt. Voraussetzung für letzteres ist natürlich, daß man das gläubigerische Vollstreckungshandeln als nicht vorsätzlich ansieht. Hier ist zu berücksichtigen, daß sich der Gläubiger zwar über das Bestehen des zu verwirklichenden Anspruchs oder über die prozessuale Fehlerlosigkeit des der Vollstreckung zugrunde liegenden Urteils irrt, sich seines Tuns und dessen Folgen aber jedoch voll bewußt ist.

Schließlich fehlt es auch nicht an vermittelnden Lehrmeinungen. Nach v. Caemmerer[3] sind neben jeder vorsätzlichen Verletzung der in § 823 Abs.1 BGB absolut geschützten Rechte rechtswidrig auch alle unmittelbaren Eingriffe in den "Zuweisungsgehalt" jener Rechte, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Unter unmittelbaren Eingriffen in den Zuweisungsgehalt der in § 823 Abs.1 BGB genannten absoluten Rechte des Betroffenen versteht v. Caemmerer alle final auf eine Verwendung fremder Güter und die Ausübung von Befugnissen abzielenden Handlungen, wie Gebrauch, Nutzung und Verbrauch einer Sache sowie Verfügungen über das Recht.[4] Wie das Eigentumsrecht an einer Sache inhaltlich darauf angelegt sei, daß sie der Eigentümer grundsätzlich unbeschränkt und ausschließlich gebrauchen, nutzen, verbrauchen und über sie verfügen könne, so folge umgekehrt aus der Ausschließlichkeit dieser Befugnisse, daß einem Dritten dieses Handeln untersagt sei. So konstruiert v. Caemmerer aus dem Wesensgehalt der absolut geschützten Rechte heraus bestimmte Verhal-

1) Enn.-Nipp. AT, S. 1308.
2) ebda.
3) v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 49 ff., 77, 80, 89.
4) v. Caemmerer, S. 77, 80.

tensnormen, die es dem Nichtberechtigten verbieten, eine ihm nicht gehörende Sache beispielsweise zu nutzen, zu gebrauchen, zu verbrauchen oder über sie zu verfügen. Das entspricht der Grundauffassung und dem Ausgangspunkt der Lehre v. Caemmerers, nämlich daß nur ein Verhalten, ein Eingreifen, nicht aber ein Erfolg, ein Eingriff rechtswidrig sein könne, der Schadenseintritt ein erlaubtes, gefahrvolles Verhalten nicht nachträglich zum rechtswidrigen stempeln könne, und daß der adäquate Kausalzusammenhang für die Abgrenzung verbotenen und erlaubten Verhaltens ungeeignet sei.[1)]

Nach dieser Lehre v. Caemmerers ist im Blick auf den gläubigerischen Vollstreckungsbetrieb zu fragen, ob wir es hier mit einem unmittelbar, [illegible] al [illegible] den Zuweisungsgehalt absolut geschützter Rechte eingreifenden Verhalten zu tun haben. Das scheint insoweit zweifelhaft, als das Vollstreckungshandeln des Gläubigers nur mittelbar, nämlich über das Zwischenglied hoheitlicher, eigenverantwortlicher Vollstreckungstätigkeit zu dem vom Gläubiger gleichsam als Fernziel erstrebten Vollstreckungseingriff führt. Keine Bedenken dürften indes insoweit bestehen, als der Vollstreckungseingriff regelmäßig zur Verwendung und Verwertung oder zur "Verfügung" über fremde Sachgüter führt. Ein, wenn auch unvermeidbarer Irrtum des Gläubigers über die rechtliche Seite seines Vorgehens wäre unbeachtlich, denn nach v. Caemmerer ist allein entscheidend für die Rechtswidrigkeit des zu beurteilenden Verhaltens, daß die tatsächliche Seite des Eingreifens vorsätzlich geschieht. Ein selbst unvermeidbarer Irrtum über die rechtliche Seite (Eigentum, Benutzungsrecht, Wegerecht, Grenzen der Befugnisse des andern) berührt das Rechtswidrigkeitsurteil nicht.[2)]

Gegen einen im Zivilrecht ausschließlich geltenden personalen, handlungsbezogenen Unrechtsbegriff wendet sich in jüngster Zeit in Anlehnung an Larenz, Deutsch.[3)] Er hat sich für ein Nebeneinander von "handlungsbezogener" und "rechtsgutsbezogener" Rechtswidrigkeit entschieden.[4)] Die handlungsbezogene Widerrechtlichkeit bestehe im Zuwiderhandeln gegen eine Verhaltensnorm. Das normgemäße Verhalten sei zugleich die auf den Verhaltensnormtatbestand bezogene objektive, "äußere Sorgfalt im Höchstmaß"[5)]. Die rechtsgutsbezogene Rechtswidrigkeit gründe sich auf das un-

1) v. Caemmerer, S. 80.
2) v. Caemmerer, S. 77.
3) Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt.
4) Deutsch, S. 408, 215, 240 ff.
5) Deutsch, S. 404, 407, 214.

mittelbare Bevorstehen eines Eingriffs in ein absolut geschütztes Recht oder absolut geschütztes Rechtsgut. Sie folge aus dem absoluten Schutz bestimmter subjektiver Rechte und Rechtsgüter. Da nämlich die Widerrechtlichkeit auch Voraussetzung des defensiven, nicht nur des repressiven Schutzes sei, sei das zu beurteilende Verhalten nicht erst wegen des eingetretenen, sondern bereits wegen des unmittelbar bevorstehenden Eingriffs rechtswidrig. Hiernach ist also jedes Verhalten, das ein bestimmtes Rechtsgut unmittelbar, durch sich selbst, konkret gefährdet, d.h. eine Beeinträchtigung des absolut geschützten Rechts unmittelbar bevorstehen läßt und daher zu einem mit Notwehr zu begegnenden Eingriff in das Rechtsgut führt, rechtswidrig. Dieses unmittelbar und konkret gefährdende Verhalten ist zugleich ein unsachgemäßes, sorgfaltswidriges Handeln, denn in der Vermeidung der für das Rechtsgut unmittelbar gesetzten Gefahr und des daraus folgenden Eingriffs bestehe das Höchstmaß objektiver äußerer Sorgfalt.[1)]

Außerhalb dieser Betrachtung stehen nach Deutsch alle diejenigen Handlungen, die nur ein entfernteres Glied in jener, die unmittelbare Gefährdung auslösenden, zur Verteidigung berechtigenden Handlung bilden. Diese nur mittelbar gefährdenden Handlungen sind nach Deutsch nur dann rechtswidrig, wenn ein zu sachkundigem Verhalten fähiger und einsichtiger Beobachter, vom Standpunkt des Handelnden aus gesehen, die von dem Verhalten mittelbar ausgehende Gefahr erkannt und auch vermieden hätte. Rechtswidrig handle also hier nur der, der das Höchstmaß an äußerer und innerer Sorgfalt außer acht lasse.[2)] Die äußere Sorgfalt sei das sachgemäße Verhalten gegenüber dem absolut geschützten Rechtsgut. Die innere Sorgfalt sei auf das "Setzen dieses äußeren Verhaltens bezogen". Das Höchstmaß äußerer Sorgfalt bestehe "in der Vermeidung einer Gefahr bzw. Steuerung einer zugelassenen Gefahr für ein absolut geschütztes Rechtsgut nach dem Urteil eines zu sachgemäßem Verhalten fähigen, einsichtigen Beobachters vom Standpunkt des Handelnden aus." Das Höchstmaß der Voraussehbarkeit (innere Sorgfalt) sei dem "Adäquitätsurteil entsprechend bestimmt". Innere und äußere Sorgfalt seien auf die Vermeidung des Eingriffs bezogen, um dadurch der Möglichkeit entgegenzuwirken, daß im praktischen Leben der Sorgfaltsstandard abklinge.[3)]

---

1) Deutsch, S. 241.
2) Deutsch, S. 408.
3) Deutsch, S. 241.

A. Der Vollstreckungsbetrieb aus der Sicht der herkömmlichen Rechtswidrigkeitslehre

Der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers, das Stellen und Aufrechterhalten des Vollstreckungsantrags, ist die entscheidende, auf das Ziel des Vollstreckungseingriffs ausgerichtete Bedingung, ohne die es zu jenem Vollstreckungseingriff in die absolut geschützte Rechtssphäre des Schuldners nicht kommen könnte. Der Gläubiger handelt daher nach der herkömmlichen Rechtswidrigkeitslehre rechtswidrig, sofern ihm kein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Als ein solcher Rechtfertigungsgrund wurde und wird vielfach das sog. publizistische, prozessual bedingte Vollstreckungsrecht des Gläubigers angesehen. Man betrachtet es einmal als Unterfall des sog. konkreten Rechtsschutzanspruchs, bisweilen aber auch als Teil des sog. allgemeinen staatlichen Justizgewährungsanspruchs.

I. Das vermeintliche prozessuale, titelbedingte Rechtsschutz-Vollstrekkungsrecht ist alles andere als das konkrete Recht, das es als Unterfall des konkreten Rechtsschutzanspruchs gleich dem sog. konkreten Urteilsanspruch sein soll.[1] Richtet es sich doch keineswegs auf ein ganz bestimmtes, in die Rechte des Schuldners in bestimmter Weise eingreifendes hoheitliches Vollstreckungshandeln, sondern auf Entfesselung staatlicher Zwangstätigkeit schlechthin, d.h. daß der Staat überhaupt tätig werde. Ein solches, allenfalls generelles prozessuales Recht, das noch weniger enthält als ein Recht des Gläubigers auf gesetzmäßige Vollstreckungstätigkeit der staatlichen Organe, ist niemals geeignet und ausreichend, den Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers zu rechtfertigen. Einen bestimmten Inhalt hätten die Anhänger des konkreten, prozessualen Rechtsschutzanspruchs ihrem Vollstreckungsrecht auch gar nicht geben können, denn dann hätten sie beispielsweise auch die Vollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörende, aber in seinem Gewahrsam befindliche Sache in den Inhalt jenes Rechts mit einbegreifen müssen. Doch gerade hier zeigt sich besonders deutlich, daß die formalen Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsrechts in erster Linie ganz anderen als den privaten Interessen des Gläubigers dienen: Das übergeordnete allgemeine öffentliche Interesse, Rechtsstaatlichkeit

1) Zum Rechtsschutzanspruch vgl. Henckel, Streitgegenstand, S. 25 ff.

und Rechtssicherheit gebieten es, daß die Verwirklichung privater Rechte grundsätzlich nur auf Grund hoheitlichen, vollstreckbaren Erkenntnisses, des vollstreckbaren Titels, möglich ist. Hierüber haben die Vollstrekkungsorgane zu wachen, hierfür sind sie verantwortlich und zwar im Interesse eigener rechtmäßiger Vollstreckungstätigkeit. Im ganz überwiegenden Interesse der Vollstreckungsorgane knüpft ferner die Pfändung beweglicher Sachen nicht an das Eigentum des Schuldners, sondern an seinen Gewahrsam an (§ 808 Abs.1 ZPO), und nicht zuletzt auch im allgemeinen öffentlichen Interesse[1] sind bestimmte Gegenstände der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen (§§ 811, 850 ff. ZPO). Verstoßen die Vollstreckungsorgane gegen diese Vorschriften, so verletzen sie keine Rechte des Gläubigers, sondern nur ihre eigenen Amtspflichten. Dies kann u.U., und soweit zugleich auch die Interessen des Gläubigers berührt werden, zu Schadensersatzansprüchen nach § 839 BGB führen.

Nicht nur ein konkretes prozessuales Recht des Klägers oder Gläubigers gegen die Rechtspflege- und Vollstreckungsorgane des Staates, sondern überhaupt jedes konkrete Recht auf Vornahme bestimmter, dem Rechtsuchenden günstiger prozessualer Entscheidungen und Handlungen ist schlechthin nicht denkbar, ganz gleich, welchem Rechtsboden es auch immer erwachsen mag.[2] Es ist ein Fremdkörper im prozessualen Raum. Denn einerseits bestimmt das Prozeßrecht lediglich, welche Formen prozessuale Handlungen haben müssen, um überhaupt den Prozeß auslösen und vorantreiben zu können, und welche förmlichen Regeln auf dem Wege zum prozessualen Ziel einzuhalten sind. Zum anderen wird im Prozeß das materielle Recht lediglich angewandt, nicht aber befolgt. Die Normen des materiellen Rechts entbehren hier ihrer imperativischen Funktion, die ihnen im materiellen Rechtsraum eigen ist. Der rechtsuchende Staatsbürger hat also kein auf materiellrechtliche Normen gegründetes Recht, diese oder jene Entscheidung, dieses oder jenes Verhalten vom Gericht oder Vollstreckungsorgan zu verlangen, sondern die Vorschriften des materiellen Rechts sind le-

1) Die §§ 811, 850 ff. ZPO dienen nicht nur dem Schutz des Schuldners, sondern auch dem der Allgemeinheit. Hier begegnen sich öffentliche und private Interessen.

2) Auch Goldschmidts konkretes Vollstreckungsrecht als eines "subjektiv materiellen Justizrechts" ist mit der Wesensart des Prozesses nicht vereinbar. Das zeigt nicht zuletzt schon die Ungereimtheit von der rechtfertigenden Wirkung des im Titel verkörperten Dienstbefehls.

diglich bindende Maßstäbe dafür, wie die Entscheidung zu lauten hat. An die Stelle der imperativischen Funktion der materiellen Rechtsnormen ist im prozessualen Rechtsraum deren logische Funktion getreten. Indem das Gericht das materielle Recht anwendet, gelangt es als Ergebnis logischen Denkvorganges zu seinem "Erkenntnis", zu einer bestimmten richterlichen Überzeugung, dem Urteil.

Der Vollstreckungstitel als solcher gibt dem Gläubiger kein Recht zur Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner, sondern er verleiht ihm nur die des Rechtscharakters im üblichen Sinne entkleidete bloße Möglichkeit, seinen u.U. nur vermeintlichen materiellen Anspruch zwangsweise durchzusetzen. Das wird allgemein zutreffend damit begründet, daß der Prozeß und das Prozeßrecht ihrem Wesen gemäß keinerlei mit eigenem Dürfen verbundene Rechte auf Vornahme bestimmter prozessualer Handlungen kennen. Im prozessualen Raum gibt es nur Möglichkeiten, sich so oder so zu verhalten, denn es ermangelt an entsprechenden prozessualen Pflichten der Parteien zueinander.[1] Zum gleichen Ergebnis, bezogen auf den titulierten Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers, führt auch folgende Überlegung: Ebenso wie nur eine formgerecht, prozeßordnungsgemäß erhobene Klage eine in der Sache selbst ergehende Entscheidung herbeiführen kann, so kann auch nur ein in bestimmter prozessualer Form gestellter Vollstreckungsantrag die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner auslösen. Wie die Bezeichnung der Parteien und die Behauptung eines streitigen Rechts zur Prozeßordnungsmäßigkeit der erhobenen Klage gehören, so gehört die Existenz eines gültigen Vollstrekkungstitels zur prozessual erforderlichen Form des gläubigerischen Vollstreckungsantrags. Im Titel ist nämlich beides, sowohl die subjektive Seite, die Parteien des Vollstreckungsverfahrens, wie auch die gegenständliche Seite der Zwangsvollstreckung, Art und Umfang des zu verwirklichenden Anspruchs, festgelegt. Wie überhaupt im Zwangsvollstrekkungsverfahren wesentlich strengere Formvorschriften gelten als im Erkenntnisverfahren, so wird auch in der Existenz eines gültigen Titels, des titulierten Rechts, ein Mehr an formaler Voraussetzung für das gläubigerische Vollstreckungshandeln gefordert, als das im Erkenntnisverfah-

1) Goldschmidt, Prozeß, S. 265, Lehrb. d. Zivilprozeßrechts, S. 5; vgl. BVerwG MDR 1964, 172; ferner Bay. VerfGH NJW 1962, 790.

ren für die bloße Rechtsbehauptung und Parteibezeichnung als Formalerfordernis für die Klageerhebung gilt. Aus dem Gesagten folgt, daß erst und nur der titulierte Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers, sein in bestimmter prozessual vorgeschriebener Form vorgenommenes Vollstrekkungshandeln zum Gegenstand des Rechtmäßigkeits- oder Rechtswidrigkeitsurteils wird. Denn nur das formgerechte, titulierte gläubigerische Vollstreckungshandeln ist geeignet, den Vollstreckungseingriff in die Rechtssphäre des Schuldners herbeizuführen. Die Existenz eines gültigen Titels befähigt den Gläubiger überhaupt erst zu seinem notwendig formgerechten Vollstreckungsbetrieb, oder anders gesagt, der Titel ermöglicht ihm lediglich sein nur in titulierter Form denkbares Vollstreckungshandeln, so wie der Wilderer nur dann wildern kann, wenn er im Besitze einer Waffe ist. Den formgerechten, titulierten Vollstreckungsbetrieb gilt es als rechtmäßig oder rechtswidrig zu bewerten, und so gesehen kann der Titel nicht die Grundlage für dieses Werturteil abgeben.

Aber auch wenn man die Existenz eines prozessualen, titelbedingten, publizistischen Vollstreckungsrechts auf Entfesselung staatlicher Zwangsgewalt unterstellt, so gilt das, was bereits im Zusammenhang mit Steins Lösungsversuch im Vergleich mit seinem sogenannten Jagdscheinbeispiel festgestellt worden ist: seinen Voraussetzungen und seinem Inhalte nach vermöchte dieser publizistische Vollstreckungsanspruch den Vollstreckungsbetrieb ebensowenig zu rechtfertigen wie das im Jagdschein bescheinigte publizistische Recht des Jägers auf Jagdausübung das Wildern in fremdem Reviere zu rechtfertigen vermag. Denn hier wie dort bleibt die für ein an der Gesamtrechtsordnung ausgerichtetes Rechtmäßigkeitsurteil notwendig auch zu berücksichtigende privatrechtliche Seite unbeachtet. Das klingt bei Rosenberg in zweifacher Weise an, und zwar einmal, indem er feststellt, das Vollstreckungsrechtsverhältnis bestehe überhaupt nicht zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern zwischen Staat und Gläubiger auf der einen und zwischen Staat und Schuldner auf der anderen Seite.[1] Zum anderen, als er erklärt, rechtswidrig sei im Anschluß an Stein (S. 18) und Geib (S. 113) der Vollstreckungsbetrieb dem Schuldner gegenüber, während sein Verlangen nach Vollstreckung dem Staate gegenüber rechtmäßig bleibe.[2]

---

1) Rosenberg, Lehrb. § 170 II, 3
2) Rosenberg, Lehrb. § 170 III, 2

II. Ebensowenig wie das sog. formal bedingte, prozessuale Vollstrekkungsrecht als Erscheinungsform des in Wahrheit nicht existierenden Rechtsschutzanspruchs[1] den Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers zu rechtfertigen vermag, ist auch ein Vollstreckungsrecht des Gläubigers im Sinne eines allgemeinen staatsrechtlichen Justizgewährungsanspruches als Rechtfertigungsgrund für das gläubigerische Vollstreckungshandeln denkbar. Jener allgemeine Justizgewährungsanspruch kann u.E. in diesem Zusammenhang nicht mehr bedeuten, als das verfassungsmäßig garantierte generelle Recht jedes Staatsbürgers darauf, daß ihm durch die zuständigen staatlichen Organe der in bestimmt vorgeschriebener Form begehrte Rechtsschutz im Rahmen und nach Maßgabe der geltenden Prozeßgesetze gewährt werde. Dieses Recht ist, wie gesagt, staatsrechtlicher, nicht prozeßrechtlicher Natur und wegen seines allgemeinen, nicht konkreten Inhalts mit dem Wesen des Prozesses vereinbar.[2] Für den Bereich des Zivilprozeß- und Zwangsvollstreckungsrechts bedeutet es, daß unter der Voraussetzung einer prozessual formgerechten, zulässigen Klage das Gericht, gebunden an die Normen des materiellen und des Prozeßrechts als Urteilsmaßstäbe zur Sache entscheiden muß, oder daß die Vollstreckungsorgane unter der Voraussetzung eines prozessual ordnungsmäßigen, formgerechten, zulässigen, d.h. titulierten Vollstreckungsantrages eigenverantwortlich und gebunden an die formalisierten Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts die staatlichen Zwangsmittel zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers anwenden.[3] Auf den erstrebten, regelmäßig, aber nicht notwendig eintretenden Erfolg der staatlichen Vollstreckungstätigkeit, den Vollstreckungseingriff, oder gar die Befriedigung des Gläubigers ist das Justizgewährungs-Vollstrekkungsrecht nicht gerichtet.[4] Es richtet sich auch nicht wie jenes prozessuale Rechtsschutz-Vollstreckungsrecht schlechthin auf Entfesselung staatlicher Zwangsgewalt, auf bloßes Tätigwerden der Vollstreckungsorgane. Es reicht entschieden weiter: Einerseits garantiert es dem Staats-

1) Baumbach-Lauterbach, Grundzüge 1 vor § 253 ZPO: Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch "ist ohne jeden Nutzen. Hinter ihr steckt in Wahrheit nichts als die Binsenwahrheit, daß nur die Klage durchdringen kann, die sachlich begründet ist".

2) Niese, S. 73, 118; vgl. BVerwG MDR 1964, 172; BayVerfGH NJW 1962, 790.

3) Rosenberg, Lehrb. § 170 II, 2; Niese, S. 73, 118.

4) ebda.

bürger die an bestimmte prozessuale Förmlichkeiten geknüpfte Möglichkeit, die staatlichen Vollstreckungsorgane für seine Interessen in Bewegung zu setzen. Zum anderen gewährleistet es eine gesetzmäßige und geordnete Vollstreckungstätigkeit der zuständigen Organe. Insoweit setzt dieses Recht jedoch voraus, daß der Staatsbürger seinerseits von der ihm garantierten Möglichkeit, einen formgerechten Vollstreckungsantrag zu stellen, auch Gebrauch macht. So wie nämlich im Erkenntnisverfahren die Entscheidung zur Sache eine notwendig formgerecht erhobene Klage voraussetzt, so sind auch die Vollstreckungsorgane zu ihrer Vollstreckungstätigkeit nur verpflichtet, wenn ein titulierter und daher formgerechter Vollstreckungsantrag gestellt ist.[1] Der titulierte, formgerechte Vollstreckungsantrag, nicht aber der Titel für sich, ist Voraussetzung einer staatlichen Pflicht zu hoheitlicher Vollstreckungstätigkeit, denn gesetzmäßig ist das Handeln der Vollstreckungsorgane nur dann, wenn die Initiative des Staatsbürgers, sein formgerechter Vollstreckungsantrag, vorliegt. So gesehen ist der Justizgewährungs-Vollstreckungsanspruch schon um deswillen nicht als ein den Vollstreckungsbetrieb rechtfertigendes Recht denkbar, weil es ja den titulierten Vollstreckungsantrag des Gläubigers und damit dessen Vollstreckungsbetrieb zur Voraussetzung hat.

Sieht man nach alledem aber dennoch den staatsrechtlichen Justizgewährungs-Vollstreckungsanspruch als schlechthin prozessual durch die Existenz eines gültigen Titels bedingt an, so unterscheidet er sich praktisch weder in seinen Voraussetzungen noch seinem Inhalte nach von jenem prozessualen Rechtsschutz-Vollstreckungsrecht im Sinne Hellwigs. Doch dieses wird im gleichen Augenblick, in dem man vom titelbedingten staatsrechtlichen Justizgewährungs-Vollstreckungsrecht spricht, als mit dem Prozeßrecht unvereinbar und als "fruchtba-

1) Vgl. Weismann, Hauptintervention, S. 76 ff., der das prozessuale Klagrecht nicht als ein Recht auf inhaltlich bestimmte, sondern auf gesetzmäßige Entscheidung gelten lassen will, ein Recht, das durch Klagerhebung begründet wird. Ebenso sieht Löning, Widerklage, S. 188 f, im Klagrecht ein durch die Klagerhebung erzeugtes Recht auf gesetzmäßiges Urteil.

rer Irrtum" der Rechtswissenschaft verdammt.[1] Gegen einen solchen sich nur der Farbe, nicht aber der Substanz nach vom prozessualen Rechtsschutz-Vollstreckungsrecht unterscheidenden Justizgewährungs-Vollstreckungsanspruch gilt das Gleiche, was schon zuvor zum konkreten Rechtsschutzanspruch und dem Vollstreckungsrecht als dessen Unterfall gesagt ist: Es ist in Wahrheit nicht mehr als die des Rechtscharakters im üblichen Sinne entkleidete bloße Möglichkeit, die staatliche Vollstreckungstätigkeit auszulösen und keineswegs geeignet, den Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers zu rechtfertigen.

III. Bis in die jüngste Zeit findet sich schließlich immer wieder jener nach wie vor lebendige, die Gläubigerhaftpflicht nach § 717 Abs. 2 ZPO verwirrende und verdunkelnde Irrtum des vermeintlichen Widerspruchs zwischen formaler, publizistischer Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes einerseits und dessen materieller Widerrechtlichkeit andererseits.[2] Indem man überhaupt von prozessualer Rechtmäßigkeit und materieller Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes spricht, geht man davon aus, daß jenes Gläubigerhandeln sowohl vom Prozeßrecht als auch vom materiellen Recht beurteilt werde, daß also die Voraussetzungen, die an den Vollstreckungsbetrieb zu stellen sind, sowohl im Prozeßrecht als auch im materiellen Recht zu finden seien.

Ob und wann eine bestimmte Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, entscheidet die Gesamtrechtsordnung als Einheit, und nicht jeder einzelne Teil dieser Gesamtrechtsordnung für sich allein.[3] Das bedeutet, daß in allen Fällen, in denen eine Handlung nur von einem Einzelteile der Rechtsordnung beurteilt und bewertet wird, das Rechtmäßigkeits- oder Rechtswidrigkeitsurteil allein nach den hier umfassend geregelten Normen zu fällen ist und einheitlich für die gesamte Rechtsordnung gilt. Das trifft beispielsweise für das hoheitliche Vollstreckungshandeln der staatlichen Vollstreckungsorgane zu. Die Voraussetzungen für deren gesetzmäßiges Handeln sind allein und abschließend im Zwangsvollstreckungsrecht geregelt. Anders verhält es sich hingegen in den Fällen, in denen ein und dieselbe Handlung von mehreren Rechtsteilen beurteilt und bewertet wird.

---

1) Rosenberg, Lehrb. § 90 IV, 3 (S. 438).

2) Rosenberg, Lehrb. § 170 III, 2: Der Vollstreckungsbetrieb könne dem Schuldner gegenüber (materiellrechtlich) rechtswidrig, doch dem Staat gegenüber (formell, publizistisch) rechtmäßig sein.

3) H. A. Fischer, S. 115, 193; vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 47: Rechtswidrigkeit ist der Widerspruch einer Tatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als Ganzer"; oder "objektiv" rechtswidrig ist i. S. eines "allgemeinen Werturteils" zu verstehen (S. 48).

Ein Beispiel jener Doppelbewertung gibt das Steinsche Jagdscheinbeispiel[1]: Das Handeln dessen, der die Jagd betreibt, unterliegt sowohl öffentlichrechtlicher als auch privatrechtlicher Beurteilung, d.h. das Jagen ist nur dann rechtmäßig, wenn es den Anforderungen beider Rechtsteile genügt. Der privatrechtlich Jagdausübungsberechtigte handelt rechtswidrig, wenn er nicht im Besitze einer öffentlich-rechtlichen Jagderlaubnis ist, und der Wilderer begeht Unrecht, auch wenn er im Besitze eines gültigen Jagderlaubnisscheins ist, sein Handeln also den öffentlich-rechtlichen Anforderungen gerecht wird. Für die Fälle der Doppelbewertung gilt demnach folgendes: Erfüllt die Handlung die Voraussetzungen auch nur eines Rechtsteiles nicht, so ist sie für die gesamte Rechtsordnung rechtswidrig.[2] Das folgt aus der Einheit der Rechtsordnung. Hieraus erhellt zugleich aber auch, daß die zu beurteilende Handlung nicht schon deshalb rechtmäßig ist, weil sie die nur in einem Teile der Rechtsordnung normierten Voraussetzungen erfüllt. Oder anders gesagt, aus der Einheit der Rechtsordnung folgt für die Rechtmäßigkeit, daß sie sich notwendig an der Gesamtrechtsordnung orientiert, daß also nur die Handlung rechtmäßig ist, die alle an sie in sämtlichen sie bewertenden Einzelteilen der Rechtsordnung gestellten Anforderungen erfüllt. Eine nur einseitig an einem von mehreren sie beurteilenden Rechtsteilen orientierte Rechtmäßigkeit einer Handlung ist undenkbar, und daher ist es verfehlt, von nur prozessualer im Gegensatz zu materieller Rechtmäßigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes zu sprechen. Will man aber das Vollstreckungshandeln des Gläubigers einer nur prozessualen Betrachtungsweise unterstellen, so ist allein richtig und sinnvoll, die Handlung als prozessual, formal ordnungsmäßig, formgerecht, zulässig, nicht aber als rechtmäßig zu bezeichnen. Damit wird dann auch terminologisch deutlich, daß es den vermeintlichen Widerspruch zwischen prozessualer Rechtmäßigkeit und materieller Widerrechtlichkeit in Wahrheit nicht gibt.

Dieses Ergebnis ist sicherlich richtig, doch die Begründung trägt nur dann, wenn man auch ihren Ausgangspunkt, nämlich die These von der zweifachen Bewertung, der prozessualen und materiellen Doppelbeurteilung des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes anerkennt. Sie steht jedoch offensichtlich im Widerspruch zu der oben vertretenen Auffassung, daß der Voll-

1) Stein, S. 18.
2) Zitelmann, S. 11, 12.

streckungstitel dem Gläubiger nur eine des Rechtscharakters im üblichen Sinne entkleidete bloße Möglichkeit zu notwendig formgerechtem Vollstreckungshandeln gibt, und daß nur die in bestimmter prozessualer Form denkbare gläubigerische Vollstreckungshandlung Gegenstand des Rechtmäßigkeits- oder Rechtswidrigkeitsurteil sein kann. Diese Auffassung allein wird u.E. der Vorschrift des § 717 Abs.2 ZPO gerecht, denn nur eine auf gültigem Titel beruhende gläubigerische Vollstreckungshandlung vermag die in § 717 Abs.2 ZPO normierte Schadensersatzpflicht auszulösen. Liegt nämlich dem Handeln des Gläubigers überhaupt kein Urteil oder ein nichtiges, ungültiges Urteil zugrunde, so bedarf es auch nicht seiner Aufhebung! Diese aber wird in § 717 Abs.2 ZPO vorausgesetzt. Nur und allein gläubigerisches Vollstreckungshandeln interessiert im Rahmen des § 717 Abs.2 ZPO; dies aber setzt notwendig die titulierte, prozessuale Form voraus, d.h. das zu beurteilende gläubigerische Vollstreckungshandeln ist begrifflich nur im prozeßgemäßen, titulierten Kleide denkbar. Das zeigt sich zugleich noch einmal deutlich an einem Vergleich zwischen Klagerhebung und Vollstreckungsbetrieb: Eine ordnungsmäßige Klagerhebung als allein in bestimmter Form denkbare Prozeßhandlung liegt nur vor, wenn sie den in § 253 Abs.2 ZPO normierten zwingenden Formvorschriften genügt: die Klageschrift muß die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, eine bestimmte Rechtsbehauptung und einen bestimmten Antrag enthalten. Dem entspricht der Vollstreckungstitel im Zwangsvollstreckungsverfahren. Er gibt der Vollstreckung die Richtung und setzt ihre Grenzen, und zwar sowohl in subjektiver als auch in gegenständlicher Beziehung. Eine Klage ohne Bezeichnung der Parteien und ohne bestimmte Rechtsbehauptung ist keine Klage, und eine Vollstreckungshandlung ohne gültigen Titel ist keine Vollstreckungshandlung. Das entspricht wiederum unserem eingangs definierten formellen Zwangsvollstreckungsbegriff, wonach Vollstreckung notwendig stets Vollzug eines gerichtlichen Urteils oder eines hoheitlich anerkannten sonstigen Titels ist. Nur in diesem Sinne, als nämlich die titulierte Form begriffswesentliche Voraussetzung des nach § 717 Abs.2 ZPO zu beurteilenden Vollstreckungsbetriebes ist, kann von einer prozessualen Betrachtungsweise (nicht Bewertung) des sich im titulierten Kleide darstellenden Gläubigerhandelns die Rede sein. Das Prozeßrecht bestimmt allein die Form des Vollstreckungsbetriebes, der nur als prozessual formgerechtes Handeln die in § 717 Abs.2 ZPO geregelte

Schadenersatzpflicht auslösen kann und der als notwendig nur in titulierter Form denkbares Vollstreckungshandeln auf seine Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit zu überprüfen ist. Nicht auf einem gültigen Titel beruhendes, auf Anspruchsverwirklichung anzielendes Gläubigerhandeln ist allenfalls unter den vom bürgerlichen Recht für die Selbsthilfe aufgestellten Voraussetzungen (§§ 229, 230 BGB) rechtmäßig.

IV. Die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes

Am Beginn dieses Abschnitts soll ein Vergleich stehen zwischen dem bürgerlich-rechtlichen Selbsthilferecht des Gläubigers, seinem Recht zur Selbsthilfe, das seine Selbsthilfehandlung rechtfertigt, und einem entsprechenden Vollstreckungsrecht des Gläubigers, seinem Recht zur Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner, das seinen Vollstreckungsbetrieb rechtfertigt. Zwar ist dieses Vollstreckungsrecht des Gläubigers, das dem Selbsthilferecht gegenübergestellt wird, noch nicht im einzelnen umrissen, doch soll gerade der Vergleich in dieser Richtung wegweisend sein.

Das Selbsthilferecht des BGB ist ein rein privatrechtliches Recht, denn es regelt die Beziehungen zweier auf gleicher Ebene gegenüberstehender, gleichgestellter Rechtssubjekte, des Gläubigers und des Schuldners. Auch ein entsprechendes Vollstreckungsrecht kann, wenn es auf eine Ordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner ausgerichtet sein soll, nur privatrechtlicher, nicht aber öffentlichrechtlicher Natur sein. So gesehen ist es nicht denkbar, daß ein auf dem Boden der Unter- und Überordnung von Gläubiger und Staat erwachsenes öffentlichrechtliches (prozessuales oder staatsrechtliches) Vollstreckungsrecht seinem Wesen und Inhalte nach die Rechtsbeziehungen des Gläubigers zum Schuldner derart berühren könnte, daß es Maßstab für Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes wäre.[1)] Das öffentlichrechtliche, prozessuale Vollstrekkungsrechtsverhältnis oder auch das staatsrechtliche Vollstreckungsverhältnis besteht nämlich überhaupt nicht zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern zwischen Staat und Gläubiger auf der einen und zwischen Staat und

1) Diesen Überlegungen liegt die herrschende sog. Subjektionstheorie zugrunde.

Schuldner auf der anderen Seite.[1)]

Sowohl das Selbsthilferecht des BGB als auch ein seinem Wesen nach ebenfalls nur privatrechtlich denkbares Vollstreckungsrecht des Gläubigers zur Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner dienen der Verwirklichung materieller Ansprüche des Gläubigers. Die Existenz des zu verwirklichenden gläubigerischen Anspruchs oder mit anderen Worten die Richtigkeit der Überzeugung des Gläubigers von der Existenz seines materiellen Rechts ist Voraussetzung für das Bestehen des Selbsthilferechts und damit zugleich auch für die Rechtmäßigkeit gläubigerischen Selbsthilfehandelns. Wie verhält es sich nun im Bereich der Zwangsvollstreckung? Mag man sich auch über die von Kohler[2)] aufgestellte Behauptung von der rechtsgeschichtlichen jahrtausendealten Priorität allumfassender Selbsthilfe streiten, so ist doch allgemein anerkannt, daß das geltende Zwangsvollstreckungsverfahren, wenn auch nicht an die Stelle zunächst allumfassender Selbsthilfe getreten ist, so doch diese als zweite Möglichkeit der Rechtsverwirklichung ausgeschlossen hat. Das ist im übergeordneten Interesse allgemeiner Rechtssicherheit zum Schutze gegen jene Gefahren geschehen, die eine nur an eigener, privater Rechtsüberzeugung orientierte private Rechtsverwirklichung des einzelnen Staatsbürgers für ein geordnetes Gemeinschaftsleben mit sich bringt. Hiermit ist nun zugleich auch die Richtung angedeutet, die das Zwangsvollstreckungsverfahren gegenüber der Selbsthilfe eingeschlagen hat, und wodurch sich die Zwangsvollstreckung von der Selbsthilfe unterscheidet: Zum ersten ist dort Grundlage der Rechtsverwirklichung nicht allein die private Auffassung und Überzeugung des einzelnen von dem, was ihm gegenüber einem Dritten zustehe, was zwischen Gläubiger und Schuldner rechtens sei, sondern entscheidend ist, daß auch ein hoheitlicher, gerichtlicher Urteilsspruch eine in bestimmtem prozessualem Verfahren gefundene hoheitliche Überzeugung von dem, was der Gläubiger von seinem Schuldner beanspruchen kann, vorliegt. Weiterhin wird das Recht nicht vom einzelnen selbst mit den ihm eigenen und zu Gebote stehenden Mitteln, sondern mit hoheitlicher, staatlicher Zwangsgewalt verwirklicht.

1. Die rein private Überzeugung des Gläubigers von seinem Recht genügt als Grundlage der Zwangsvollstreckung nicht. Doch wird sie auch nicht

1) Rosenberg Lehrb. § 170 II, 3.
2) Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, S. 459.

durch jene im Urteil sich niederschlagende hoheitliche Erkenntnis ersetzt oder gar ausgeschaltet. Das wäre nur dann der Fall, wenn sich der Gläubiger jene gerichtliche Überzeugung zu eigen machen müßte. Es ist ihm aber vielmehr freigestellt, ob er die hoheitliche Erkenntnis zur Grundlage eigenen Vollstreckungshandelns macht oder nicht. Das Erfordernis des titulierten Rechts ist nämlich ein um der Rechtssicherheit willen gefordertes Mehr gegenüber dem bloß nach eigener, privater Überzeugung bestehenden Recht als dem zu verwirklichenden Anspruch.

a) Vollstreckt der Gläubiger aus einem ihm günstigen gerichtlichen Erkenntnis, so bilden die seinem Handeln freiwillig zugrunde gelegte hoheitliche Rechtsüberzeugung sowie die eigene Überzeugung des Gläubigers eine Einheit. Wird doch in der Regel der Fälle die den Prozeß innerlich überhaupt erst auslösende private Rechtsüberzeugung des Klägers durch die hoheitliche gerichtliche Erkenntnis bestätigt. Nicht wesentlich anders ist es auch in den Fällen, in denen der Gläubiger, weil er es eben nicht besser weiß, die hoheitliche Erkenntnis zu seiner eigenen und damit zur Grundlage und geistigen Wurzel seines eben deshalb auch eigenverantwortlichen Vollstreckungshandelns macht. Hiernach ist es - jedenfalls nach der herkömmlichen Rechtswidrigkeitslehre - gerechtfertigt, daß auch und trotz des Erfordernisses eines titulierten zu verwirklichenden Rechts die Übereinstimmung des Urteils mit dem materiellen Recht zum Verantwortungsbereich des Gläubigers gehört. Ein Unterschied zur bürgerlichrechtlichen Selbsthilfe, bei der der Gläubiger für die Richtigkeit seiner (nur) eigenen (d.h. hoheitlich unbestätigten) Überzeugung vom Bestehen des materiellen Anspruchs verantwortlich ist, besteht also nicht. Das zeigt sich besonders deutlich in den Fällen, in denen das gerichtliche Urteil (im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung) zwar materiell und auch formell richtig ist, der dort zugebilligte materielle Anspruch jedoch nach Urteilserlaß und vor Vollstreckungsbeginn durch Zahlung oder Aufrechnung erloschen ist. Wer anders sollte hier für das Fehlen des Anspruchs verantwortlich sein als der Vollstreckungsgläubiger? Im übrigen ist der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung sichtlich besser gestellt als im Falle der Selbsthilfe, gibt ihm doch jene hoheitliche gerichtliche Erkenntnis, die seine eigene Überzeugung bestätigt und festigt, ein wesentlich höheres

Maß an Sicherheit zu rechtsverwirklichendem Handeln als im Falle der Selbsthilfe.

An dieser Stelle gilt es, noch einmal besonders hervorzuheben, daß nicht die materielle Korrektheit des gerichtlichen Erkenntnisses, sondern seine Übereinstimmung mit dem materiellen Recht Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes ist. Denn für die Existenz des zu verwirklichenden Gläubigerrechts und damit für die Übereinstimmung des Urteils mit dem materiellen Recht ist stets auf den Zeitpunkt des den Vollstreckungseingriff bedingenden Gläubigerverhaltens (Tun oder Unterlassen)[1], nicht aber auf den Zeitpunkt der Urteilsverkündung abzustellen. Dieser indes ist für die logische Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Urteils maßgebend. Auch ein richtiges Urteil stimmt also dann nicht mit dem materiellen Recht überein, wenn nachträglich eintretende Umstände den gläubigerischen Anspruch erlöschen lassen.

b) Bisher war allein davon die Rede, daß der Gläubiger, wie bei der Selbsthilfe, so auch bei der Zwangsvollstreckung für die Existenz des zu verwirklichenden materiellen Anspruchs einzustehen habe. Doch sowohl bei der Selbsthilfe als auch im Bereich der Zwangsvollstreckung ist das Selbsthilferecht des Gläubigers und ein entsprechendes privatrechtliches Vollstreckungsrecht, nämlich gegen den Schuldner zwangsweise vorgehen zu dürfen, von bestimmten formellen Voraussetzungen abhängig: Zur Rechtmäßigkeit der Selbsthilfehandlung ist erforderlich, daß "obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Einschreiten die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde". (§ 229 BGB). In diesen formalen Voraussetzungen des Selbsthilferechts liegt eine nicht unerhebliche Einschränkung der Selbsthilfe, und zwar, wie man leicht erkennt, aus Gründen der Rechtssicherheit, die auch und schon hier eine umfassende eigene Rechtsverwirklichung um der allgemeinen Ordnung und des allgemeinen

1) Das zu beurteilende Gläubigerverhalten ist in der Regel ein positives Tun, das Stellen des Vollstreckungsantrages. Es ist aber auch als bloßes Unterlassen denkbar, das sich als das untätige Aufrechterhalten des Vollstreckungsantrags etwa nach erfolgter Leistung darstellt.

Rechtsfriedens willen verbietet.

Eine entsprechende Forderung der Rechtssicherheit im Bereich der Zwangsvollstreckung ist es, daß eben nicht der materielle Anspruch allein, sondern der richtig titulierte Anspruch, d.h. der prozessual ordnungsgemäß festgestellte Anspruch zum gläubigerischen Vollstrekkungshandeln berechtigt.[1] Es ist also durchaus nichts Ungewöhnliches, wenn der Gläubiger die Verantwortung außer für die materielle auch für die prozessuale Richtigkeit des Titels trägt. Dieses Ergebnis wird zugleich durch die bereits früher geführte Überlegung[2] bestätigt, daß der Gläubiger schlechthin für die Richtigkeit des Urteils verantwortlich sei, hat er es doch als richterliche logische Erkenntnis zur Grundlage eigenen Handelns und damit zugleich sich für seine eigenen Zwecke zunutze gemacht. Das Urteil als richterliche Erkenntnis beruht nämlich nicht nur auf den Normen des materiellen Rechts, sondern notwendig zugleich auch auf den formalen Vorschriften des Prozeßrechts. Die prozessualen Bestimmungen sind Maßstäbe dafür, wie das Urteil zu finden ist, die Vorschriften des materiellen Rechts, wie es zu lauten hat. Die hoheitliche Erkenntnis, das Urteil, kann also sowohl aus prozessualer als auch aus materieller Sicht falsch sein, wobei beidem das gleiche Gewicht zukommt.[3] Im übrigen hat man ja auch schon damit, daß man die Möglichkeit gläubigerischen Vollstreckungshandelns überhaupt an das Formalerfordernis eines gültigen Titels knüpft, den Gläubiger mit dieser, der Rechtssicherheit dienenden formalen Voraussetzung belastet. Was liegt aber näher, als daß man ihm auch die Verantwortung für die formale Makellosigkeit des Titels auferlegt, denn letzten Endes ist es doch gleichgültig, ob der Titel überhaupt fehlt oder ob er nicht prozeßordnungsgemäß zustande gekommen ist.

2. Dem soeben umrissenen und seinem Sinn und Grund nach erläuterten Verantwortungsbereich des Gläubigers steht bis in alle Einzelheiten exakt abgegrenzt derjenige der staatlichen Vollstreckungsorgane gegenüber. Er

1) Goldschmidt, Unerl. Vollstreckungsbetrieb, S. 5.
2) Vgl. oben S. 7, S. 87.
3) Eb. Schmidt. Lehrkomm. zur StPO, S. 37; vgl. auch §§ 550 ZPO und 337 StPO.

ergibt sich aus den Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsrechts im 8. Buch der ZPO, das in seiner ausschließlich formalen und nicht nach der Rechtszuständigkeit fragenden Gestaltung ganz überwiegend auf den Interessenbereich der staatlichen Vollstreckungsorgane zugeschnitten ist. Dementsprechend sind es auch ausschließlich formale Erfordernisse, an welche die Rechtmäßigkeit der hoheitlichen Vollstreckungstätigkeit geknüpft ist: Oberste Voraussetzung ist die Existenz des gültigen Vollstreckungstitels, ohne den überhaupt keine staatliche Vollstreckungstätigkeit denkbar ist. Er gibt die zunächst entscheidende Antwort auf die Frage nach dem "Ob" staatlicher Vollstreckungstätigkeit. Zum anderen sind es all jene formalen Vorschriften, die das spezielle "Wie" jeder einzelnen Vollstreckungshandlung im Auge haben.

Der hier aufgezeigte rein formal begrenzte Verantwortungsbereich der staatlichen Vollstreckungsorgane hebt sich scharf von dem des Gläubigers ab. Die Frage nach dem Sinn und dem Warum dieser Verschiedenheit suchen wir im folgenden zu beantworten. Auf den vorangegangenen Seiten stellten wir im Vergleich zum bürgerlich-rechtlichen Selbsthilferecht fest, daß sich der Gesetzgeber mit der zugunsten eines geregelten Vollstreckungsverfahrens getroffenen Entscheidung im Interesse übergeordneter Rechtssicherheit dafür ausgesprochen habe, daß nicht allein die eigene private Rechtsüberzeugung des Gläubigers als Grundlage der Rechtsverwirklichung ausreiche, sondern daß es entscheidend darauf ankomme, daß der materielle Anspruch auf kraft hoheitlicher gerichtlicher Überzeugung bestehe. Hierüber hat der Staat im Interesse allgemeinen Rechtsfriedens und allgemeiner Ordnung zu wachen; es gehört zu dem Kreis seiner ureigenen, schon um seiner selbst willen zu beobachtenden Aufgaben. Er erfüllt diese Aufgabe, indem er sein eigenes zur Zwangsvollstreckung notwendiges Tätigwerden an das Erfordernis des titulierten Vollstreckungsantrages knüpft, und auch im Einzelfall nur auf einen titulierten Vollstreckungsantrag hin tätig wird. Dem entspricht es, wie wir schon sahen, daß auf der Seite des Gläubigers nur dessen titulierter Vollstreckungsbetrieb die staatliche Zwangsvollstreckungstätigkeit auslösen und zu einem Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners führen kann.

Die Verantwortlichkeit des Staates für die Existenz eines gültigen Titels als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit seiner Zwangsmaßnahmen ergibt sich ferner aber auch aus folgender Überlegung: Wie wir schon fest-

stellten, liegt ein wesentlicher Unterschied des Zwangsvollstreckungsverfahrens gegenüber der Selbsthilfe darin begründet, daß der Gläubiger nicht mit seinen eigenen, ihm privat zu Gebote stehenden Mitteln und Möglichkeiten sein ihm vorenthaltenes Recht verwirklichen kann, sondern daß der Staat selbst seine viel weitergehenden hoheitlichen Zwangsmittel einsetzt. Jedes hoheitliche Handeln, das in Freiheit und Eigentum des Staatsbürgers eingreift, muß - das erfordert die Rechtsstaatlichkeit - in persönlicher wie in gegenständlicher Hinsicht gesetzlich genau umrissen sein. Das geschieht hier allein durch den Vollstrekkungstitel, der sich über die Person des Schuldners wie auch über das zu verwirklichende Recht bindend ausspricht. So gesehen ist also der Titel zugleich auch maßgebend für das "Wie" staatlicher Vollstreckungstätigkeit und steht insoweit neben jenen zahlreichen anderen formellen Voraussetzungen, durch die den Vollstreckungsorganen gleichsam jeder Schritt zum Schuldner genau vorgezeichnet ist. Das versteht sich zunächst sicherlich auch wieder aus dem Rechtsstaatsgedanken heraus. Doch ist ein weiteres nicht zu übersehen: die besondere Kleinlichkeit und Deutlichkeit, mit der das "Wie" staatlicher Vollstreckungstätigkeit geregelt ist, hat zugleich den nicht zu unterschätzenden Sinn, die staatlichen Vollstreckungsorgane in ihrer Tätigkeit im Interesse einer notwendig schneidigen Zwangsvollstreckung nicht zu überfordern, ihr Dürfen und Sollen deshalb klar und einfach zu umreißen und ihnen so ein schnelles, sicheres und über Zweifel erhabenes Vollstreckungshandeln zu ermöglichen.

Ein kurzer Blick zurück läßt uns am Schluß dieser Überlegungen feststellen, daß - jedenfalls nach der herkömmlichen Rechtswidrigkeitslehre - die objektive Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsberriebes Grundlage der in § 717 Abs.2 ZPO normierten Haftpflicht ist. Rechtmäßig und nicht mit der Sanktion der unbedingten Schadensersatzpflicht behaftet, handelt der Gläubiger stets dann, wenn der Titel, aus dem er vollstreckt, zum Zeitpunkt des für den Vollstreckungseingriff kausalen gläubigerischen Tuns oder Unterlassens dem materiellen Recht entspricht, d.h., wenn der richterlich festgestellte Anspruch besteht. Ferner, wenn dieser Anspruch auch prozessual richtig festgestellt ist, d.h. wenn das Urteil in prozeßordnungsmäßigem Verfahren korrekt zustande gekommen ist. Ein so begriffenes privatrechtliches Vollstreckungsrecht vermag allein den Rechtfertigungsgrund für das in die absolut geschützte Rechtssphäre des Schuldners eingreifende gläubigerische Vollstreckungshandeln zu geben.

B. Der gläubigerische Vollstreckungsbetrieb aus der Sicht der modernen Lehre eines personalen, handlungsbezogenen Unrechtsbegriffes

Die moderne Lehre von der Rechtswidrigkeit als der "Mißbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogenen Tat", als der Lehre vom Unrecht als einem "täterbezogenen personalen Handlungsunrecht"[1] unterscheidet streng zwischen den Fällen vorsätzlicher und denen nur fahrlässiger Rechtsgüterverletzung. Jedes vorsätzlich begangene Delikt sei schlechthin rechtswidrig, da der Vorsatz ein "essentielles Unrechtselement", ein "den Unrechtstatbestand konstituierendes Element" des vorsätzlichen Delikts sei.[2] Der Handlungsunwert der vorsätzlichen Delikte gründe sich "auf der wirklichen finalen Überdetermination des äußeren Geschehens."[3] Dagegen liege der den fahrlässigen Delikten spezifische Handlungsunwert darin begründet, daß es der Handelnde an jener wirklichen finalen Überdetermination im Hinblick auf den tatbestandsmäßigen Erfolg habe fehlen lassen. Das Unterlassen der dem Handelnden gebotenen, weitergehenden finalen Steuerung, die er bei seiner Handlung nicht erbracht habe, ergebe den spezifischen Handlungsunwert der fahrlässigen Delikte. Insofern enthalte "der Unrechtstatbestand der fahrlässigen Delikte ein Unterlassungsmoment, das die fahrlässigen Tatbestände in manchen Beziehungen mit den unechten Unterlassungsdelikten in eine Parallele" bringe.[4] Im Anschluß an diese Überlegungen Welzels hat Nipperdey[5] für den Bereich des Zivilrechts festgestellt, daß die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Delikte nicht schon mit der adäquat kausalen Herbeiführung eines bestimmten Erfolges als eines Eingriffes in die nach § 823 Abs. 1 BGB absolut geschützten Rechtsgüter gegeben sei, sondern daß nur derjenige rechtswidrig handele, der entweder gegen eine von der Rechtsordnung aufgestellte Verhaltensregel verstoße oder doch die zur Vermeidung des Eingriffs generell geforderte Sorgfalt nicht beobachtet habe.

Im Anschluß an diesen kurzen Aufriß dessen, was für die Beurteilung des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes hier zunächst maßgebend ist, stellt

1) Welzel, Bild, 4.Aufl. S. 30.
2) Welzel, Bild, 4.Aufl. S. 29.
3) Welzel, Bild, 2.Aufl. S. 24.
4) Welzel, Bild, 2.Aufl. S. 25; Das deutsche Strafrecht S. 47.
5) Nipperdey in NJW 1957, 1777.

sich sogleich die Frage, ob jenes Vollstreckungshandeln des Gläubigers, das bei Nichtbestehen des materiellen Anspruchs oder bei prozessualer Fehlerhaftigkeit des Titels einen unbedingten Schadensersatzanspruch auslöst, überhaupt als fahrlässiges oder nicht etwa als vorsätzliches Verhalten zu beurteilen ist. Doch soll diese Frage zunächst zurückgestellt werden und die Problematik von einer anderen, u.E. entscheidenderen Seite angefaßt werden: Den Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers und sein Recht, die Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner betreiben zu dürfen, haben wir zuvor in enge Beziehung zum Selbsthilfehandeln nach §§ 229, 230 BGB und dem Recht des Gläubigers zur Selbsthilfe gegen den Schuldner gesetzt. Auch die folgenden Überlegungen knüpfen wiederum eng an jene Gegenüberstellung an.

Das Handeln desjenigen, der zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt, oder der einen Verpflichteten, der flüchtig ist, festnimmt, unterliegt zweierlei, im Ausgangspunkt verschiedner Beurteilung: Je nachdem, welchen Standpunkt man einnimmt, ob man vom Erfolg des Handelns, dem unter Umständen durch ein Selbsthilferecht gerechtfertigten Eingriff in die nach § 823 Abs.1 BGB absolut geschützten Rechte her urteilt, oder ob man das Selbsthilfehandeln als solches an den eigens für es normierten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen mißt. Das gleiche gilt übrigens auch im Falle der Notwehr: Das Handeln des Notwehr-Übenden kann man als in die absolut geschützte Rechtssphäre des Verletzten eingreifendes, aber durch ein Notwehrrecht gerechtfertigtes Tun, aber auch schlechthin als der gesetzten Notwehrnorm entsprechendes Verteidigungshandeln beurteilen. Das Ergebnis dieser wie jener nur im Ausgangspunkt verschiedenen Beurteilung muß notwendig gleich sein. Entspricht eine Selbsthilfehandlung den an sie vom Gesetz gestellten Anforderungen, so entspricht sie der Norm, ist normgerecht und damit rechtmäßig. Das gilt in gleicher Weise für den Fall der Notwehr: Eine Verteidigungshandlung, die den in § 53 StGB gesetzten Voraussetzungen genügt, ist als normgerechtes Verhalten rechtmäßig. Aus der Sicht der Rechtsgüterverletzung folgt die Rechtmäßigkeit aus der Existenz eines sog. Rechtfertigungsgrundes, der mit dem Bestehen eines Selbsthilferechts oder Notwehrrechts gegeben ist. Diese Überlegungen finden ihre Bestätigung darin, daß auch der bei aller nur denkbaren Sorgfalt unvermeidbare Irrtum darüber, ob die Voraussetzungen, unter denen eine Verteidigungshandlung oder Selbsthilfehandlung rechtmäßig ist, ob ein Selbsthilferecht oder Notwehr-

recht besteht, die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Handelns nicht berührt. Der Täter, der irrtümlich annimmt, die Voraussetzungen der Selbsthilfe oder der Notwehr seien gegeben, handelt rechtswidrig, auch wenn der Irrtum bei aller nur denkbaren Sorgfalt nicht hätte vermieden werden können.[1] Dabei ist es gleichgültig, ob der Irrtum auf tatsächlicher oder auf rechtlicher Seite liegt.[2] Die vom Gesetz für das Selbsthilfehandeln nach §§ 229, 230 BGB wie für das Verteidigungshandeln nach § 53 StGB aufgestellten Regeln sind der objektive Maßstab jenes Handelns und insofern zugleich die vom Gesetz objektiv und konkret gebotene und zu wahrende Sorgfalt.[3]

Wenden wir diese Überlegungen nunmehr auf den Fall des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes an, so ergibt sich folgendes: Das Vollstreckungshandeln des Gläubigers ist als solches normgerecht, also rechtmäßig, wenn es die oben aufgezeigten materiellen und formellen Voraussetzungen erfüllt. Aus der Sicht der Rechtsgüterverletzung nach § 823 Abs.1 BGB gilt nichts anderes, da der Vollstreckungseingriff durch die Existenz eines gläubigerischen Vollstreckungsrechts gerechtfertigt ist. Der, wenn auch unvermeidbare, Irrtum des Gläubigers darüber, ob die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für seinen Vollstreckungsbetrieb gegeben sind, ob sein Vorgehen der Norm entspricht, d.h. ob der zu verwirklichende materielle Anspruch besteht und ob er prozessual fehlerfrei festgestellt ist, hat für die Frage der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes keinerlei Bedeutung. Hiernach läßt sich feststellen, daß das gläubigerische Vollstreckungshandeln stets rechtswidrig ist, wenn die aufgezeigten objektiven Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nicht gegeben sind, da jenes Handeln nicht den maßgeblichen Verhaltensregeln und damit der objektiv und konkret gebotenen Sorgfalt entspricht. Im Ergebnis ist es gleich, ob man das zum Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners führende Gläubigerhandeln als vorsätzliches oder fahrlässiges begreift, ob man von vorsätzlicher oder fahrlässiger Rechtsgüterverletzung spricht.

---

1) Soergel-Siebert §§ 229-231 Rn 18; Staudinger-Coing § 231 Rn 2; BGB-RGRK-Johannsen § 231 Anm.3; Maurach AT § 26 III, 1, § 25 V, C 2; Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 81; Kohlrausch-Lange § 53 XI; Schönke-Schröder § 53 VII; BGHSt 11, 87.

2) BGB-RGRK-Johannsen a.a.O.; Kohlrausch-Lange a.a.O.

3) Vgl. Deutsch, S. 214.

Doch auch die schon zuvor aufgeworfene Frage, ob der Vollstreckungsbetrieb als vorsätzliches oder als fahrlässiges Handeln zu beurteilen ist, soll nicht unbeantwortet bleiben. Allerdings bedarf es dazu zunächst eines kurzen Ausflugs in den Bereich des Strafrechts. Der große Strafsenat des Bundesgerichtshofs[1] ist in der Frage, ob ein Irrtum des Täters als Tatbestandsirrtum den Vorsatz auszuschließen vermag, oder ob er als Verbotsirrtum - Verkennen der Rechtswidrigkeit - nur die Schuld, d.h. die Vorwerfbarkeit der vorsätzlichen Tat berührt, sie mildern oder gar ausschließen kann, im wesentlichen den Anregungen Welzels gefolgt. Damit waren entsprechend der sog. Schuldtheorie "der Vorsatz als Tatvorsatz und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als ein vom Vorsatz getrenntes selbständiges Schuldelement" anerkannt.[2] Ausdrücklich jedoch ließ der große Senat[3] den Fall unentschieden, "daß der Täter sein Verhalten für rechtmäßig hält, weil er irrtümlich einen rechtfertigenden Tatbestand als gegeben erachtet (vermeintliche Notwehr)". Das Reichsgericht habe hier stets einen "Tatirrtum nach § 59 StGB angenommen, und diese Rechtsprechung sei fast einhellig gebilligt worden. Erst neuerdings gewinne die Ansicht Anhänger, es handele sich hier um einen Verbotsirrtum, so daß der Täter wegen vorsätzlicher Tatbegehung zu bestrafen sei. Diese Auffassung[4] wird im wesentlichen damit begründet, der Täter irre in einem solchen Falle nicht über Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören (§ 59 Abs.1 StGB), sondern über die Rechtswidrigkeit der tatbestandsmäßigen Handlung. Die Trennung zwischen diesen beiden Begriffen (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit) sei im Strafrecht grundlegend und beruhe auf elementaren Wertunterschieden.[5] Von dieser Trennung müsse man daher auch bei der Behandlung des Irrtums ausgehen, statt zwischen Tatsachen und den rechtlichen Folgerungen, die der Täter aus ihnen zieht, zu unterscheiden. Demgegenüber hat der große Strafsenat[6] darauf hingewiesen, "daß erst auf Grund dieser tatsächlichen Vorstellung sich die Wertungs-

1) BGHSt 2, 194.
2) ebda.
3) BGHSt 2, 221.
4) Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 150 ff.; NJW 1952, 564; JZ 1952, 342, 596; MDR 1952, 584; Bockelmann in NJW 1950, 830; Niese in DRiZ 1953, 30; Maurach AT § 27 III C 2.
5) Welzel a.a.O., S. 49.
6) BGHSt 2, 211.

fragen ergeben können". Hiernach lag es nahe, daß der Bundesgerichtshof bei der Behandlung des Irrtums über einen anerkannten Rechtfertigungsgrund das Verkennen der tatsächlichen Umstände einerseits und der sich hieraus ergebenden rechtlichen Folgerungen andererseits verschieden behandeln, und hier einen Verbotsirrtum, dort einen den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum annehmen würde. So hat der erste Strafsenat[1] die irrige Annahme eines Sachverhalts, der einen Erzieher berechtigen würde, sein Züchtigungsrecht zu gebrauchen, als Tatirrtum nach § 59 StGB behandelt. Ebenso beurteilte derselbe Senat kurz darauf den tatsächlichen Irrtum über die Nachhaltigkeit und Stärke eines Angriffs im Falle der Notwehr.[2] Diese verschiedene Beurteilung des Irrtums über die Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes ist mittlerweile gefestigte Rechtsprechung, die jedenfalls in der Praxis einhellig anerkannt wird. Denn der Richter, der nach einer gerechten Entscheidung des einzelnen Falles sucht, empfindet es als einen großen Unterschied, ob der Täter die Sachlage nicht richtig erkannte, oder ob er darüber irrte, was er unter diesen Umständen zu tun und zu lassen habe. Diese Verschiedenheit sei, so sagt man, dem Richter geläufiger und erscheine ihm schwerwiegender als die begriffliche Trennung von gesetzlichem Tatbestand und Rechtswidrigkeit.[3]

Folgen wir jener durchaus ernst zu nehmenden Lehre, daß der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund stets nur die Rechtswidrigkeit der Tat betreffe und daher in jedem Falle den Vorsatz des tatbestandsmäßigen Handelns unberührt lasse und nur zu einer Milderung oder zum Ausschluß der Schuld (Vorwerfbarkeit der vorsätzlichen Tat) führen könne, und übertragen wir diese modernen zunächst für den Bereich des Strafrechts entwickelten Lehren auf das Zivilrecht, so ergibt sich folgendes: Derjenige, der die Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner betreibt und so über die staatlichen Vollstreckungsorgane als Mittler in die absolut geschützte Rechtssphäre des Schuldners eingreift, handelt stets vorsätzlich, auch wenn er irrig annimmt, er habe ein Recht, die Vollstreckung gegen seinen Schuldner zu betreiben. Die Frage nach einer, die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes erst begründenden generellen Sorgfaltsverletzung im Sinne der modernen Rechts-

1) BGHSt 3, 105.

2) BGHSt 3, 194.

3) Börker in JR 1960, 168 f.

widrigkeitslehre stellt sich nicht, hat sie doch nur Bedeutung im Bereich der nicht vorsätzlichen Rechtsgüterverletzung.

Aber auch dann, wenn wir den Irrtum des Gläubigers über sein Vollstrekkungsrecht im Sinne der gegenteiligen, in der strafrechtlichen Praxis einmütig vertretenen Auffassung von der unterschiedlichen Behandlung des Irrtums betrachten, werden wir hier zu keinem anderen Ergebnis gelangen. Der in vermeintlicher Notwehr Handelnde kann sich über zweierlei irren: einmal über die tatsächliche Seite, die tatsächlichen Voraussetzungen des Notwehrrechts, nämlich den gegenwärtigen oder unmittelbar bevorstehenden Angriff sowie dessen Nachhaltigkeit. Dieser rein tatsächliche Irrtum vermag den Vorsatz des Handelnden auszuschließen.[1)] Ähnlich ist es im Falle des Züchtigungsrechtes: der Irrtum des Lehrers über den hinreichenden Anlaß (etwa grobe Widersetzlichkeit des Schülers) für eine körperliche Züchtigung ist rein tatsächlicher Natur und beseitigt den Vorsatz. Ein Irrtum über die rechtlichen Grenzen des Notwehrrechtes oder des Züchtigungsrechtes vermag lediglich die Vorwerfbarkeit der vorsätzlichen Tat zu mildern oder auszuschließen.

Die Möglichkeit eines tatsächlichen Irrtums des Handelnden ist, wie die Beispiele gezeigt haben, nur dort gegeben, wo überhaupt tatsächliche Gesichtspunkte, Voraussetzungen für die Existenz eines besonderen Eingriffsrechts mitbestimmend sind. Sind jedoch die Voraussetzungen eines solchen Rechts ausschließlich rechtlicher Art, so ist ein tatsächlicher Irrtum, der den Vorsatz des Handelnden ausschließen könnte, aus der Struktur des Eingriffsrechts heraus überhaupt ausgeschlossen. Beim bürgerlichrechtlichen Selbsthilferecht lassen sich sowohl tatsächliche als auch rechtliche Voraussetzungen unterscheiden. Zu jenen gehören beispielsweise der Fluchtverdacht und das Fehlen obrigkeitlicher Hilfe, zu diesen die Existenz des zu verwirklichenden Anspruchs. Anders steht es jedoch um die Bedingungen rechtmäßigen Vollstreckungsbetriebes: Die Voraussetzungen unseres zivilrechtlichen Vollstreckungsrechts, das allein den Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers zu rechtfertigen vermag, sind einerseits die Existenz des materiellen, durch die Vollstreckung zu verwirklichenden Anspruchs, das subjektive Forderungsrecht des Gläubigers gegenüber seinem Schuldner, und zum anderen ein dieses Forderungsrecht prozessual fehlerfrei feststellendes

1) Kohlrausch-Lange § 53 XI.

Urteil. Derjenige also, der in der irrigen Meinung, das, was ihm der vermeintliche Schuldner vorenthalte, sich gewaltsam im Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen zu dürfen, irrt allein in rechtlicher Hinsicht. Für einen tatsächlichen, den Vorsatz ausschließenden Irrtum des Gläubigers ist also kein Raum. Der Vollstreckungsbetrieb auch des irrenden Gläubigers geschieht, jedenfalls nach der aufgezeigten modernen Lehre, stets vorsätzlich. Damit kommt es denn für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit seines Handelns nach der modernen Unrechtslehre auch nicht darauf an, ob das Gläubigerhandeln von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im Sinne des § 276 BGB getragen, zu einer sozialadäquaten Rechtsgüterverletzung geführt hat. Ob man allerdings diese moderne, zunächst für das Strafrecht entwickelte Lehre vom Vorsatz als einem "essentiellen Unrechtselement" ohne weiteres auf das Zivilrecht übertragen kann, steht auf einem anderen Blatt. Denn der Vorsatz gilt hier ausdrücklich als Schuldelement. Wollte man beispielsweise den Vorsatz des Vollstreckungsbetriebes entsprechend der modernen Lehre bejahen, so wäre stets zugleich neben der Haftung des Gläubigers aus § 717 Abs.2 ZPO auch die nach § 823 Abs.1 BGB begründet, und eine Aufrechnung gegenüber dieser Forderung wäre nach § 393 BGB ausgeschlossen.

Das bisher gefundene Ergebnis von der objektiven Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes wird schließlich auch bestätigt durch die vermittelnden Erwägungen von Caemmerers und Deutschs. Nach von Caemmerer sind neben jeder vorsätzlichen Rechtsgüterverletzung rechtswidrig auch alle unmittelbaren Eingriffe in den Zuweisungsgehalt jener Rechte, sofern kein Rechtfertigungsgrund besteht. Unmittelbar im Sinne von Caemmerers sind alle final auf eine Verwendung fremder Güter abzielenden Handlungen. Zu letzteren zählt von Caemmerer u.a. auch die Verfügungen über ein Recht. Daß zu diesen ihrer Art nach umrissenen Eingriffen auch die Verwertung von Rechtsgütern im Wege der Zwangsvollstreckung zu rechnen ist, die im wesentlichen einer Verfügung über diese Rechte zugunsten des Gläubigers gleichkommt, kann nicht zweifelhaft sein, zumal wenn man bedenkt, daß der Zuweisungsgehalt eines Rechts auch dessen Haftung für die Schulden des Rechtsinhabers umfaßt. Finale Tätigkeit ist ein bewußt vom Ziel her gelenktes Wirken.[1] In diesem

1) Welzel, Bild, 4. Aufl. S. 1, 2. Aufl. S. 9.

Sinne ist der Vollstreckungsbetrieb bewußt vom Ziel des staatlichen Vollstreckungseingriffs her bestimmt und auf dieses Ziel hin ausgerichtet. Der Gläubiger wird ausschließlich mit diesem Ziel des hoheitlichen Eingriffs in die Rechte des Schuldners tätig. Sein Handeln ist daher finales, auf den Vollstreckungseingriff bezogenes Tun. Damit ist der Vollstreckungsbetrieb auch aus der Sicht von Caemmerers als unmittelbare, d.h. finale, auf die Verwendung fremder Güter abzielende Tätigkeit rechtswidrig, sofern nicht ein Recht des Gläubigers zur Vollstreckung gegen seinen Schuldner besteht. Dieses Recht ist unter den oben aufgezeigten Voraussetzungen gegeben.

Gewisse Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Vollstreckungsbetriebes scheinen sich nach der von Deutsch vertretenen Auffassung zu ergeben. Das mag verwundern, nimmt doch gerade Deutsch eine relativ konservative Stellung im Streit um die Rechtswidrigkeitsproblematik ein. Indes, die Schwierigkeiten bestehen nur scheinbar, und sie lassen sich, wie die folgenden Überlegungen zeigen werden, sehr wohl ausräumen. Deutsch hat sich für ein Nebeneinander von handlungsbezogener und rechtsgutsbezogener Widerrechtlichkeit im Bereich des Zivilrechts entschieden. Die rechtsgutsbezogene Widerrechtlichkeit gründe sich aus das unmittelbare Bevorstehen eines Eingriffs in ein absolut geschütztes Recht. Die Widerrechtlichkeit sei nicht nur Voraussetzung des repressiven, sondern auch des defensiven Schutzes, und daher sei das zu beurteilende Verhalten nicht erst wegen des eingetretenen, sondern bereits wegen des unmittelbar bevorstehenden Eingriffs rechtswidrig. Hier zeigt sich zwar eine gewisse Parallele zu von Caemmerers Auffassung. Doch geht Deutsch offenbar weiter als von Caemmerer, wenn er feststellt, rechtswidrig sei jedes Verhalten, das ein bestimmtes Rechtsgut unmittelbar, konkret gefährde, und unmittelbar durch sich selbst zu einem mit Notwehr zu begegnenden Eingriff in das Rechtsgut führe. Denn mit der Notwendigkeit, den defensiven Schutz im vollen Umfange zu gewähren, sei die Grenze gesetzt, bis zu der jede mit dem drohenden Eingriff in Kausalbeziehungen stehende Handlung als rechtswidrig anzusehen sei.

Einerseits kann nicht zweifelhaft sein, daß der Gläubiger mit seinem Vollstreckungsbetrieb eine ganz konkrete Gefahr für jedes der Zwangsvollstrekkung unterliegende Rechtsgut seines Schuldners begründet.[1)] Zum anderen

1) Vgl. oben S. 12.

ist aber auch ebenso klar, daß der Gläubiger nicht selbst, mit eigener Macht, in die Rechte des Schuldners eingreift, sondern daß er sich hierzu stets eines Vollstreckungsorganes des Staates als seines Mittlers oder Werkzeuges bedient. Eine Unmittelbarkeit des Vollstreckungsbetriebes in dem Sinne, daß sich ihm der Schuldner mit Notwehr widersetzen könnte, besteht nicht. Doch ermangelt es an einer Unmittelbarkeit in diesem Sinne überhaupt und stets dann, wenn der Täter nicht selbst, sondern über einen Dritten als Mittler eingreift. Hier ist die Notwehr - sofern sie nicht durch einen besonderen nur den Mittler schützenden Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen ist - immer nur gegenüber dem Werkzeug, nicht aber gegenüber dem Hintermann, dem mittelbaren Täter, denkbar. Doch kann man um deswillen diese Fälle der Sache nach nicht anders behandeln als diejenigen, in denen der Täter selbst und ohne Zwischenschaltung eines erwählten Mittlers eingreift. Denn der mittelbare Täter ist für das Handeln seines für ihn tätigen Werkzeuges wie für sein eigenes Tun unmittelbar selbst verantwortlich.[1] Man wird mithin auch nach Deutsch davon ausgehen können und müssen, daß die Fälle des Handelns über einen Dritten als Mittler denjenigen gleichzustellen sind, in denen der Täter eigenhändig eingreift und der Gegner zur Notwehr berechtigt ist. Es macht auch keinen Unterschied, ob etwa die Notwehr gegenüber dem eingreifenden, als Werkzeug tätigen Dritten wegen eines allein ihn betreffenden Rechtfertigungsgrundes ausgeschlossen ist. Gerade das gilt für das Dreiecksverhältnis Gläubiger - Staat - Schuldner: Die formalisierte, in den prozessualen Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts geregelte Eingriffsermächtigung der staatlichen Vollstreckungsorgane rechtfertigt deren Vorgehen und schließt eine Notwehr, den Widerstand gegen die hoheitliche Gewalt, aus. Die Verantwortlichkeit des Gläubigers hingegen, die das Handeln der als Werkzeuge tätigen Vollstreckungsorgane, soweit sie den Vollstreckungseingriff für ihn vornehmen, mitumfaßt, unterliegt einer selbständigen, gesonderten Beurteilung.

Am Ende unserer Überlegungen zur Frage der Rechtswidrigkeit als Grundlage der Gläubigerhaftung nach § 717 Abs.2 ZPO gilt es im Anschluß an eine kurze Zusammenfassung dieses Teils noch jene andere, die subjek-

1) Schönke-Schröder Vorbem. IV, 3 vor § 47: "Die Verantwortung für die Tat liegt beim Hintermann."

tive Seite der Haftung, ihre Unbedingtheit, zu beleuchten.

C. Zusammenfassung

1. Der Vollstreckungstitel gibt dem Gläubiger lediglich eine des Rechtscharakters im üblichen Sinne entkleidete bloße prozessuale Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner zu betreiben. Nur wenn der Gläubiger im Besitz des Titels ist, ist er zu notwendig formgerechtem Vollstreckungshandeln in der Lage, kann er überhaupt erst die Zwangsvollstreckung betreiben.

2. Unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger von dieser Möglichkeit, einen formgerechten, titulierten Vollstreckungsantrag zu stellen, Gebrauch macht, sind die staatlichen Vollstreckungsorgane verpflichtet, ihre eigenverantwortliche Vollstreckungsgewalt für den Gläubiger und in seinem Interesse zu entfalten, sie ihm zur Verfügung zu stellen. Ein dieser allgemeinen Pflicht der Vollstreckungsorgane entsprechendes staatsrechtliches Recht des Gläubigers auf gesetzmäßige staatliche Vollstreckungstätigkeit vermag weder seinen Voraussetzungen noch seinem Inhalte nach den gläubigerischen Vollstreckungsbetrieb zu rechtfertigen. Das gleiche gilt für den sog. konkreten Rechtsschutzvollstreckungsanspruch, dessen Daseinsberechtigung letzten Endes überhaupt fehlt.

3. Ein Recht des Gläubigers zur Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner besteht als zivilrechtliches Recht nur dann, wenn der durch die Vollstreckung zu verwirklichende materielle Anspruch besteht und prozessual fehlerfrei im Titel festgestellt ist. Dieses Vollstreckungsrecht ist dem Selbsthilferecht des BGB vergleichbar.

4. Die Voraussetzungen für die Existenz dieses Vollstreckungsrechts sind zugleich die gesetzlich festgelegten Anforderungen, die an ein normgerechtes gläubigerisches Vollstreckungshandeln gestellt sind. Sie sind der Maßstab für Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes und damit zugleich als die gesetzte Norm, als Verhaltensregel, das Maß für die vom Gläubiger objektiv zu beobachtende Sorgfalt.

5. Der Vorsatz des auf den Vollstreckungseingriff ausgerichteten gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes wird nach der modernen Rechtswidrigkeitslehre durch den allein auf rechtlicher Ebene liegenden Irrtum des Gläubigers nicht berührt, so daß die Frage nach dem generellen Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB nicht zu stellen ist.

6. Der Vollstreckungsbetrieb ist final und in diesem Sinne unmittelbar auf einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt der absolut geschützten Schuldnerrechte gerichtet.

7. Der Vollstreckungsbetrieb ist, obschon und weil er über die Vollstrekkungsorgane als Mittler in die Rechtssphäre des Schuldners eingreift, demjenigen Handeln gleichzustellen, das unmittelbar selbst in fremde Rechte eingreift und zur Notwehr berechtigt. Dem steht nicht entgegen, daß die Rechtswidrigkeit des unmittelbar selbst eingreifenden Handelns der Vollstreckungsorgane als Mittler des Gläubigers ausschließlich in deren Interesse ausgeschlossen ist.

3. Teil: Haftung des Gläubigers ohne Verschulden

Das eigentlich neue der durch die Prozeßrechtsänderungsnovelle von 1898 in die ZPO eingefügten Gläubigerhaftpflicht des § 717 Abs.2 ZPO war ihre Unbedingtheit, daß es nämlich auf ein Verschulden des Gläubigers (Vorsatz und Fahrlässigkeit) nicht ankommen sollte. Eine Schadensersatzpflicht überhaupt war indes schon früher bekannt. Bereits das preußische ALR bestimmte in den §§ 137, 138, I, 6, daß derjenige, der Sachen unrechtmäßigerweise mit Arrest belege, dem Gegner für den dadurch (schuldhaft) verursachten Schaden hafte. Auch war man schon vor Inkrafttreten des BGB der Auffassung, daß sich die Schadensersatzpflicht aus den allgemeinen deliktischen Schadensersatznormen, wie sie der Entwurf des BGB enthielt (§ 704 Abs.2 und § 705 Abs.1), ergebe. Hiernach war also zumindest erforderlich, daß der Gläubiger die "Diligenz eines ordentlichen Mannes" außer acht ließ. Worauf sich jedoch jene "Diligenz" zu beziehen hatte, war offenbar nicht recht geklärt. So findet sich beispielsweise noch später in der Diskussion um die neuerliche Gläubigerhaftpflicht des § 717 Abs.2 ZPO die

Auffassung, in aller Regel sei die Sorgfaltsverletzung "in jedem Falle der provisorischen Vollstreckung gegeben, da regelmäßig der Vollstreckungsgläubiger, auch wo er von seinem Rechte überzeugt sei, sich der Möglichkeit bewußt sei, daß es im weiteren Verfahren zum Zusammenfall des Vollstreckungstitels kommen werde."[1] Ähnlich formuliert Heintze[2]: "Das Obwalten eines fahrlässigen Irrtums wird man wohl bei der Exekution aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen leicht nachzuweisen in der Lage sein, da hier auch der Kläger, von seinem Rechte überzeugt, sich der Möglichkeit bewußt sein muß, daß es im weiteren Verfahren zum Zusammenfall des Vollstreckungstitels kommen werde." In diesen Auffassungen klingen offenbar Gedankengänge an, wie sie Kuttner irrig zur Begründung der Gläubigerhaftpflicht entwickelt hat, daß nämlich der Grund der Haftung allein in der rein äußerlichen Tatsache bloßer Titelaufhebung zu sehen sei. Zudem mißt man zu Unrecht dem Umstand entscheidende Bedeutung bei, daß es, solange Menschen urteilen, Irrtümer und daher auch Fehlurteile gibt, und daß erfahrungsgemäß jedermann um diese Möglichkeit weiß. Zweierlei steht hiernach jener Verschuldensauffassung entgegen: Erstens das, was schon gegen Kuttner ins Feld geführt wurde, daß nämlich die Titelaufhebung zwar notwendige prozessuale Voraussetzung für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs, nicht aber die wirkliche Grundlage jener deliktischen Gläubigerhaftpflicht abgibt. Doch kann sich in Wahrheit ein möglicherweise fahrlässiger Irrtum des Gläubigers nur darauf beziehen, ob die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes im Einzelfall gegeben sind oder nicht. Zweitens übersieht man, daß nicht der Irrtum, das Fehlurteil, die Regel ist, die man zur Grundlage eines gläubigerischen Fahrlässigkeitsvorwurfs machen könnte, sondern daß man vom Gegenteil, nämlich dem richtigen Urteil ausgehen müßte. Denn es könnte doch hier ernsthaft niemals darauf ankommen, wie ein Gericht im Ausnahmefall irrig entschieden hätte, sondern allein darauf, wie es bei richtiger Beurteilung des Streitstoffs und der prozessualen Formalien hätte entscheiden müssen.[3]

Bedenkt man nach alledem, daß der möglicherweise entschuldbare Irrtum des Gläubigers, dessen Risiko er trägt, sich auf die Voraussetzungen der Recht-

1) Schmidt, Lehrb., S. 789.
2) Heintze, S. 39.
3) BGH LM § 826 (Fa) Nr. 6; BGH MDR 1964, 123

mäßigkeit seines Vollstreckungsbetriebes bezieht, so erkennt man zugleich, daß es keineswegs so leicht ist, ein Verschulden des Vollstrekkungsgläubigers nachzuweisen. Denn warum sollte er sich nicht in aller Regel auf das verlassen können, was ihm der Richter als sein Recht nach bestem Wissen und Können nach den Regeln des Prozeßrechts bescheinigt? Sollte der Gläubiger klüger sein als der Richter? Regelmäßig ist es doch so, daß ein Verschulden des Gläubigers nicht nachzuweisen ist, und gerade das ist auch ein entscheidender Grund dafür gewesen, dem regelmäßig im "schuldlosen Unrecht versierenden Gläubiger"[1] das (wirkliche) Risiko seines Irrtums aufzubürden. Auch nur so war es ein gewisser Ausgleich dafür, daß man dem Gläubiger die überaus scharfe Waffe in die Hand gab, gegen den Schuldner vollstrecken zu dürfen, noch bevor ihm vollends rechtliches Gehör gewährt wurde. So ist es denn gewiß billig und recht, daß der Gläubiger, der von jener ihm im Interesse einer schneidigen, durchgreifenden Vollstreckung gegebenen, außerordentlichen Vollstreckungsmöglichkeit Gebrauch macht, ebenso wie im Falle des § 231 BGB das volle Risiko seines Irrtums über die Rechtmäßigkeit des Vollstrekkungsbetriebes trägt. Es gilt hier der jahrtausendealte Grundsatz "Wer irrt, irrt sich selbst".[2] Daß der Gläubiger wirklich das Risiko seines eigenen Irrtums und nicht das eines fremden, nämlich den des Gerichts trägt, erhellt aus den schon oben[3] zur Frage der Verantwortungsteilung und zur Bedeutung des Urteils im Hinblick auf den gläubigerischen Vollstreckungsbetrieb gemachten Überlegungen.

4. Teil: Die möglichen Einwendungen des Gläubigers gegen den Schadensersatzanspruch des Schuldners

Vor Inkrafttreten der Prozeßrechtsänderungsnovelle des Jahres 1898, welche die bisherigen Vorschriften der §§ 274, 563, 655 ZPO a.F. durch die heute geltenden Schadensersatznormen der §§ 300, 600, 717 ZPO ersetzte, hat das Reichsgericht die Zulässigkeit sachlichrechtlicher Einwendungen gegen jene vormaligen Erstattungsansprüche durchweg verneint.[4] Zur Begründung

1) Görres, S. 380.
2) Buch Hiob XIX, 4.
3) S. 83, 108, 110.
4) RGZ 21, 404; 34, 354 und oft; vgl. RG JW 95, 201.

führte es in seinen Entscheidungen aus, diese Vorschriften seien nicht materiellrechtlicher, sondern rein prozessualer Natur. Obwohl die Ansichten hierüber bereits zur Zeit des früheren Rechtszustandes außerordentlich geteilt waren[1], ist nach Inkrafttreten der Änderungsnovelle für die neu eingeführten Schadensersatznormen bis heute einhellig anerkannt, daß diese Bestimmungen ihrem inneren Wesen nach materiellrechtlichen Charakters sind[2] und daß demgemäß ihnen gegenüber grundsätzlich auch alle sachlichrechtlichen Einwendungen geltend gemacht werden können.[3] Über die einzelnen möglichen Einwendungen sind jedoch immer wieder Meinungsverschiedenheiten laut geworden, und folgende Fragen verdienen daher nähere Betrachtung:

1. Kann der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Gläubiger erfolgreich vorbringen und unter Beweis stellen, daß die aus dem aufgehobenen Titel betriebene Zwangsvollstreckung dennoch rechtmäßig gewesen sei, weil jenes Urteil den vollstreckten Anspruch fehlerfrei feststellte?

2. Kann der Gläubiger gegen den Schadensersatzanspruch mit ihm zustehenden Gegenforderungen - etwa auch mit der eigentlichen Klageforderung aufrechnen?

3. Kann der Gläubiger einem nachlässigen Schuldner gegenüber den Einwand des Mitverschuldens erheben?

4. Kann der Schuldner gegenüber dem Schadensersatzanspruch ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen?

---

1) Görres S. 382, 383; Th. Wolff, S. 128.

2) Kuttner, S. 17; Görres a.a.O.; Stein-Jonas § 717 II; Baumbach-Lauterbach § 717 2 G; Sydow-Busch § 717 3c; BGH NJW 1957, 1926 f.

3) Stein-Jonas § 717 II 5; Wieczorek § 717 Rn C III b; Baumbach-Lauterbach a.a.O.; RGZ 103, 353; KG JW 1930, 168.

1. Abschnitt: Der Einwand rechtmäßigen Vollstrekkungsbetriebes

In aller Regel wird der Vollstreckungsschuldner seinen Schadensersatzanspruch im anhängigen Rechtsstreit auf dem Wege des Inzidentantrages gemäß § 717 Abs.2 Satz 2 ZPO geltend machen. Doch es ist durchaus denkbar, daß er unter besonderen Umständen den Ersatzanspruch auch einmal in einem selbständigen Prozeß einklagt.[1] In diesem Falle wird sich der Vollstreckungsgläubiger sicherlich darauf berufen, daß der vollstreckbare Anspruch zu Recht feststehe,[2] und daß folglich die auf Grund des aufgehobenen Urteils betriebene Zwangsvollstreckung rechtmäßig sei. Hier stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage nach der Zulässigkeit des Rechtmäßigkeitseinwandes und sodann für den Fall, daß diese Frage zu bejahen ist, diejenige, wie das Gericht den Einwand berücksichtigen soll.

A. Überblick über die im Schrifttum vertretenen gegensätzlichen Auffassungen

Aus unseren früheren Ausführungen erinnern wir uns der grundsätzlichen Einstellung Kuttners[3] zur Frage der Entstehung der Gläubigerhaftpflicht, und eben dieser Auffassung entspricht auch Kuttners Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtmäßigkeitseinwandes: Die besondere Eigenschaft des aufhebenden Urteils "als rechtsbegründende Tatsache" verbietet es, "die materielle Richtigkeit dieses Urteils im späteren Schadensersatzprozeß in Zweifel zu ziehen und nachzuprüfen"[4]. Zu dem gleichen Er-

1) Das ist z.B. die Regel im Falle des § 945 ZPO, der die Möglichkeit des Inzidentantrages nicht kennt. Vgl. RGZ 65, 67 f.; RG JW 1937, 2235; BGHZ 15, 356 ff.

2) Das RG a.a.O. und der BGH a.a.O. haben diesen Einwand im Falle des § 945 ZPO unter dem Gesichtspunkt des Schadens berücksichtigt, worauf wir an späterer Stelle noch näher eingehen werden.

3) Vgl. oben S.16 ff.

4) Kuttner, S. 24.

gebnis gelangt Lent, wenn er darauf hinweist, in § 717 Abs.2 ZPO sei allein "von der Aufhebung des Urteils die Rede, ohne Unterscheidung, ob prozessuale oder materielle Gesichtspunkte die Aufhebung begründen", und "daß der Ersatzanspruch mit der Verkündung des aufhebenden Urteils, also mit der Beseitigung des Vollstreckungstitels entsteht"[1]. Nur in einer Beziehung soll nach Lent dennoch das Fehlen des materiellen Anspruchs von Bedeutung sein, nämlich insoweit, als der Ersatzanspruch entfalle, wenn das Urteil der dritten Instanz das Bestehen des Klaganspruchs feststelle. Denn damit stehe fest, daß die Zwangsvollstreckung nunmehr durchgeführt werden könnte und daß der Schaden, den die Partei durch die voreilige Vollstreckung erlitten habe, sie jetzt doch treffen würde. Der Ersatzanspruch sei auflösend bedingt durch ein Urteil, welches das vorinstanzliche Erkenntnis aufhebe.[2]

Gegenüber dieser nur vereinzelt befürworteten negativen Antwort auf die Frage nach dem Einwand der Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes findet sich eine positive Einstellung überall dort, wo die objektive Rechtswidrigkeit als Grundlage der Gläubigerhaftpflicht anerkannt wird. Besonders deutlich und entschieden hat Görres seinen positiven Standpunkt zu der gestellten Frage präzisiert: "Der frühere Kläger, jetzt der auf Schadensersatz Beklagte, darf jedenfalls geltend machen, daß die Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs, objektive Widerrechtlichkeit der Vollstreckung, nicht gegeben ist".[3] Ähnlich haben sich Seuffert[4] und Falkmann[5] zugunsten des Einwandes ausgesprochen: Solange die Möglichkeit bestehe, daß das aufhebende Urteil selbst wieder aufgehoben und das ursprüngliche wiederhergestellt werde, könne der Beklagte dieses Prozesses (das ist der Kläger des ersten Prozesses) der Verurteilung zum Schadensersatz mit der Behauptung entgegentreten, daß seine Forderung doch zu recht bestehe. Erst mit der rechtskräftigen Erledigung des Vorprozesses werde diese Einwendung unstatthaft. Im Grunde die gleiche Ansicht findet sich - mit einer hier weniger bedeutsamen Einschränkung - ferner bei Stein-Jonas[6] und Raydt[7]: Der Einwand, daß

1) Lent Anm. NJW 1956, 1762.
2) Lent a.a.O.
3) Görres, S. 378 f.
4) Seuffert § 717 2 c.
5) Falkmann, S. 59; zustimmend ferner auch Th. Wolff, S. 127.
6) Stein-Jonas, § 717 II 1.
7) Raydt, S. 55.

die Prinzipalforderung dennoch bestehe, sei zwar zulässig, doch stelle er sich (billigerweise) als Aufrechnungseinrede gemäß § 145 Abs.3 ZPO dar, die den Schadensersatzanspruch wohl zu mindern, nicht aber vollends auszuschließen vermöchte.[1] Einmütigkeit besteht schließlich bei allen Genannten darüber, daß es höchst unerfreulich sei, wenn möglicherweise über die gleiche Sache zwei Prozesse in verschiedenen Instanzen verfochten würden, und daß es sich zur Vermeidung sich widersprechender Urteile empfehle, die Verhandlung über den Schadensersatzanspruch bis zur rechtskräftigen Erledigung des Vorprozesses gemäß § 148 ZPO auszusetzen.[2]

B. Die Zulässigkeit des Einwandes

Ganz abgesehen von dem grundlegenden Irrtum, nicht die Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes, sondern die Aufhebung des Titels "als rechtsbegründende Tatsache" bestimme den Rechtscharakter der Gläubigerhaftpflicht des § 717 Abs.2 ZPO, wird ferner gegen die Zulässigkeit des Rechtmäßigkeitseinwandes und die Aussetzung des Schadensersatzprozesses vornehmlich ins Feld geführt, daß die Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils und die Verurteilung zum Schadensersatz in der Regel in einem und demselben Urteilsakt ausgesprochen würden, also zu einem Zeitpunkt, in dem die Aufhebung des früheren Urteils noch gar nicht rechtskräftig sei.[3] Doch vermag auch dieser Einwand nicht zu überzeugen: Wählt nämlich der Beklagte die Möglichkeit des Inzidentantrages gemäß § 717 Abs.2 S. 2 ZPO, so entscheidet das Gericht notwendig in einem und demselben Urteil sowohl über die Aufhebung des erstinstanzlichen, vom Kläger vollstreckten Erkenntnisses als auch über den Schadensersatzanspruch des Beklagten. Beide Teile dieser einheitlichen Entscheidung stehen in einem unmittelbaren logischen Verhältnis zueinander.[4] Hebt nämlich das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil aus einem prozessualen oder materiellen Grunde auf, so stellt es damit zugleich die Rechtswidrigkeit des

1) Vgl. die unter 6) und 7) Genannten. (Vorsatz)
2) ebenda.
3) Kuttner, S. 25.
4) RG JW 1935, 2727 f.

Vollstreckungsbetriebes fest, und es muß notwendig auch den Schadensersatzanspruch des Beklagten anerkennen; bestätigt es hingegen das vorinstanzliche Urteil, dann muß es logischerweise auch den vom Beklagten geltend gemachten Ersatzanspruch wegen fehlender Rechtswidrigkeit versagen. Ficht der Kläger das aufhebende Urteil der Berufungsinstanz mit der Revision an und macht er damit geltend, daß die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils zu Unrecht erfolgt sei, weil ihm weder prozessuale noch materielle Fehler anhaften, so erfaßt dies notwendig auch die Entscheidung über den Schadensersatzanspruch. Denn der Kläger macht mit seiner Rüge zugleich geltend, daß auch der Ersatzanspruch des Beklagten nicht bestehe, weil die Vollstreckung des in jeder Hinsicht fehlerfreien Titels rechtmäßig veranlaßt und durchgeführt worden sei. Es verhält sich hier keineswegs anders als in jenem Stadium des Prozesses, in dem der Ersatzanspruch zwar schon inzidenter geltend gemacht, das vollstreckte Urteil aber noch nicht aufgehoben worden ist. Denn auch und gerade hier verteidigt der Kläger mit einem und demselben Vorbringen nicht nur die Richtigkeit des ihm günstigen erstinstanzlichen Urteils, sondern damit zugleich logischerweise auch die Rechtmäßigkeit seines Vollstreckungsbetriebes, die im Falle erneuten Obsiegens mit der Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils feststeht. Solange der Rechtsstreit in der Hauptsache nicht rechtskräftig entschieden ist, solange also die Richtigkeit oder Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Urteils noch nicht endgültig feststeht, ist auch über den Schadensersatzanspruch des Beklagten niemals das letzte Wort gesprochen. Erst das Revisionsgericht, welches das erstinstanzliche Urteil bestätigt oder endgültig aufhebt, versagt oder bestätigt notwendig und endgültig auch den Schadensersatzanspruch des Beklagten.[1] Es ist also auch und gerade im Falle des § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO so, daß der Kläger dem

1) Vgl. Seuffert § 717, 2c; Th. Wolff, S. 127; im Ergebnis übereinstimmend, in der Begründung jedoch unklar Görres, S. 373: Der Ersatzanspruch des Beklagten "zessiere"; Lent Anm. NJW 1956, 1762 f. unter Hinweis auf RGZ 145, 332: Der Ersatzanspruch sei "auflösend bedingt" durch ein Urteil, welches das Aufhebungsurteil wiederum aufhebe; ferner mit unrichtiger Begründung Kuttner, S. 22: "Weil der rechtliche Grund des Ersatzanspruchs, das aufhebende Urteil, seinerseits wieder weggefallen ist".

Schadensersatzanspruch des Beklagten stets mit dem Einwand entgegentritt, er habe die Zwangsvollstreckung trotz des aufhebenden Urteils rechtmäßig betrieben, und daß der Anspruch immer erst dann endgültig feststeht, wenn auch die Hauptsache rechtskräftig entschieden ist[1], daß also sehr wohl die Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache auch das endgültige Bestehen des Schadensersatzanspruchs bedingt.

Wenn es nach alledem so ist, daß der Vollstreckungsgläubiger (Kläger) dem inzidenter vom Schuldner (Beklagten) geltend gemachten Schadensersatzanspruch bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses den Einwand der Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes entgegenhält, und daß der Schadensersatzanspruch endgültig erst feststeht, wenn das titelaufhebende Urteil rechtskräftig geworden ist, dann ist es schwerlich einzusehen, warum dieser Einwand nicht auch im selbständigen Schadensersatzprozeß des Schuldners zugelassen werden dürfte.[2] Anderenfalls

1) Seuffert § 717 2c; Th. Wolff, S. 127; Kisch, S. 161; Hellwig-Oertmann, Syst. I, S. 846; RGZ 121, 182. A. A. Lent Anm. NJW 1956, 1762 f.

2) Das Reichsgericht (RGZ 65, 67 f.; RGJW 1937, 2235) und im Anschluß daran der Bundesgerichtshof (BGHZ 15, 358 f.) haben in Fällen der Haftung nach § 945 ZPO den Einwand des Gläubigers, daß sein Anspruch dennoch bestehe, unter dem Gesichtspunkt des Schadens berücksichtigt: Die bloße Feststellung des Bestehens des Anspruchs, zu dessen Schutz die Maßregel angeordnet sei, reiche zwar nicht aus, um die Partei vor Schadensersatzpflicht zu bewahren, doch sei die Möglichkeit eines durch den Vollzug der Maßnahme erwachsenen Schadens nur dann gegeben, wenn der Inhalt der Maßregel über das hinausgehe, was der Schadensersatzpflichtige kraft des ihm zustehenden Rechts beanspruchen dürfe. Sei der Anspruch des Gläubigers beispielsweise auf ein Unterlassen gerichtet und sei dem Gegner nichts weiter aufgegeben, als der ihm obliegenden Unterlassungspflicht nicht zuwider zu handeln, so sei "für die Konstruierung eines Schadens überhaupt kein Raum" (RGZ 65, 68). Diese Beurteilung des Einwandes unter dem Gesichtspunkt des Schadens ist, wie in den entschiedenen Fällen, stets dann zutreffend und geboten, wenn der vorläufig vollstreckbare Titel, der Arrest oder die einstweilige Verfügung aus formellen Gründen aufgehoben worden sind, die Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vorgehens also nur auf formaler Fehlerhaftigkeit des Titels beruht.

würde man dem Schuldner praktisch auf Grund des noch nicht rechtskräftig titelaufhebenden Urteils bereits endgültig seinen Ersatzanspruch zubilligen, was er nicht einmal in dem ihm günstigeren Falle des § 717 Abs.2 S.2 ZPO erreichen würde. Muß mithin das Gericht des Schadensersatzprozesses den Einwand des Gläubigers berücksichtigen, so empfiehlt es sich, von der Möglichkeit des § 148 ZPO Gebrauch zu machen und den Schadensersatzprozeß zur Vermeidung sich widersprechender Urteile bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Vorprozesses auszusetzen.[1] Nur wenn dieser Prozeß rechtskräftig entschieden und die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils endgültig ist, ist der Einwand rechtmäßigen Vollstreckungsbetriebes ausgeschlossen, denn nunmehr steht die Fehlerhaftigkeit des vollstreckten Urteils und damit die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes bindend fest. Gegen dieses Ergebnis bleibt schließlich im Sinne des eingangs wiedergegebenen Gegenarguments nur noch die Tatsache zu erwägen, daß der Beklagte des Hauptprozesses, der seinen Ersatzanspruch mittels selbständiger Klage verfolgt, hier insofern benachteiligt ist, als er auf eine vollstreckbare Entscheidung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Vorprozesses warten muß, während er im Falle des § 717 Abs.2 S.2 ZPO sogleich ein - wenn auch nur vorläufig vollstreckbares - Urteil in die Hand bekommt. Indes, auch dieses Bedenken dürfte kaum durchgreifen: Die Vorschrift des § 717 Abs.2 ZPO gewährt dem Beklagten ganz bewußt und notwendig eine Reihe bedeutsamer Vorteile, die allesamt in jener ausnahmsweise gebotenen Möglichkeit wurzeln, daß er den Schadensersatzanspruch durch einfachen Inzidentantrag im anhängigen Rechtsstreit selbst verfechten kann. Wird nämlich der Ersatzanspruch gemäß § 717 Abs.2 S. 2 1. Halbs. ZPO geltend gemacht, "so ist er als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden anzusehen" (2. Halbs.), die Wirkungen der Rechtshängigkeit werden also auf den Zeitpunkt der Zahlung oder Leistung zurückbezogen. Ein im Grunde ebensolcher Vorteil ist es, daß der Beklagte, der nach § 717 Abs.2 S.2 ZPO verfährt, als notwendig gewollte Folge dieser besonderen Vergünstigung zugleich mit der Aufhebung des vollstreckten Urteils schon jetzt in den Genuß einer vollstreckbaren Entscheidung über seinen Schadensersatzanspruch kommt. Daß dieser Vorteil im Falle einer selbständigen Schadensersatzklage entfällt, ist selbstverständlich und keineswegs etwas Besonderes.

1) Stein-Jonas § 717 Anm. II 1; Raydt, S. 55; ebenso im Falle des § 945 ZPO RGZ 65, 68.

Die Aufrechnung gegenüber dem Schadensersatzanspruch des § 717 Abs. 2 ZPO ist mehr als manche andere Frage des diese Vorschrift umgebenden Problemkreises von überaus praktischer Bedeutung, und sie hat deshalb Rechtsprechung und Schrifttum in besonderem Maße beschäftigt.

A. Die grundsätzliche Zulässigkeit des Einwandes

Während das Reichsgericht eine Aufrechnung gegenüber dem ehemaligen Erstattungsanspruch des § 655 Abs. 2 ZPO a. F. unter Hinweis auf Wesen und Zweck jener vermeintlich rein prozessualen Vorschrift nicht für zulässig erachtete[1] und es auch aus den gleichen Erwägungen heraus die Aufrechnung gegenüber der neuen Bestimmung des § 717 Abs. 3 ZPO nicht gestattete[2], hat es in Übereinstimmung mit der Lehre die Aufrechnung gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO grundsätzlich bejaht[3], sofern nur die vom bürgerlichen Recht normierten Voraussetzungen gegeben seien[4]. Dabei sei unerheblich, ob der Schadensersatzanspruch im Wege des Inzidentantrages oder mittels selbständiger Klage geltend gemacht werde.[5] Diese grundsätzlich positive Einstellung der Aufrechnung gegenüber hat sich mit Recht allseits durchgesetzt.[6]

1) RGZ 34, 355; RG JW 1895, 201.
2) RGZ 103, 353; ebenso OLG Celle E 26, 374.
3) RGZ 76, 407 f.; 103, 353; Kuttner, S. 24; Goldschmidt, Lehrbuch, S. 294; Görres, S. 378 f.; Sydow-Busch § 717 Anm. 3 c.
4) Die Frage, ob § 393 BGB einer Aufrechnung entgegensteht, hat das RG Bd. 76, 408 unter Hinweis auf RGZ 64, 278 und RG JW 1907, 521 verneint.
5) RGZ 76, 406; Stein-Jonas § 717 Anm. II 5.
6) Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 G; Wieczorek § 717 Rn C III b 1; Stein-Jonas § 717 Anm. II 5; Rosenberg, Lehrb. § 174 VI 1 d.

B. Aufrechnung mit der Klageforderung

Einigermaßen problematisch ist die Frage, ob und in welchen Fällen eine Aufrechnung auch mit der Klageforderung selbst möglich ist. Hier ist zunächst folgendes von entscheidender Bedeutung: Für die Existenz des Schadensersatzanspruchs ist - insoweit sei späteren Ausführungen vorausgegriffen - unerheblich, ob die Zwangsvollstreckung dem Gläubiger etwas zur Befriedigung des vollstreckten Klaganspruchs eingebracht hat oder nicht, ob der Schuldner an ihn zur Abwendung der drohenden Vollstreckung geleistet, oder ob er zu diesem Zwecke lediglich eine entsprechende Sicherheit hinterlegt hat. Wenn wir davon ausgehen, daß die vom Gläubiger betriebene Vollstreckung erfolgreich gewesen ist, oder daß der Schuldner an ihn zu ihrer Abwendung "freiwillig" geleistet hat, so ist die Klagforderung, sofern sie überhaupt bestand, mit der Aushändigung des Geldes oder Versteigerungserlöses an den Gläubiger, oder mit der Leistung des Schuldners an ihn gemäß § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung erloschen. Für eine Aufrechnung wäre in jedem Falle kein Raum mehr, da die Klagforderung schon nach dem eigenen Vortrag des Gläubigers gar nicht mehr besteht. Das Problem der Aufrechnung mit der Klagforderung stellt sich also nur in den Fällen, in denen die Zwangsvollstreckung erfolglos war und der geltend gemachte Schaden beispielsweise durch Erbrechen von Behältnissen des Schuldners oder durch ähnliche Maßnahmen entstanden ist, oder wenn er zurückzuführen ist auf eine vom Schuldner zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Sicherheitsleistung.

Eine unterschiedslos positive Antwort auf die Frage nach der Aufrechnung mit der Klagforderung gibt Görres[1]. Er begründet seine Auffassung damit, der Kläger könne sich jedenfalls auf die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes berufen und diesem Vorbringen gegenüber stelle sich der Aufrechnungseinwand lediglich als ein zulässiges Minus dar. In ihrer uneingeschränkten Allgemeinheit erscheint diese Auffassung zumindest recht zweifelhaft, und es liegt nahe zu prüfen, ob die Frage nach einer Aufrechnung mit der Klagforderung nicht unterschiedlich zu beantworten ist je nachdem, ob das vollstreckte Urteil aus sachlichrechtlichen oder aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben worden ist.

1) Görres, S. 378 f.

durch Sachurteil

Da der Schadensersatzanspruch sowohl im anhängigen Hauptprozeß durch Inzidentantrag als auch mittels neuer, selbständiger Klage geltend gemacht werden kann, erscheint es sinnvoll, im folgenden auch diesen beiden Möglichkeiten entsprechend zu unterscheiden.

1. Ergeht das zweitinstanzliche Urteil als Sachurteil, so ist nur folgende Alternative denkbar: Entweder bestätigt das Gericht das vorinstanzliche Urteil, weil der schon dort zugebilligte Klaganspruch zu Recht besteht, oder es verneint im Gegensatz zum erstinstanzlichen Urteil den Klaganspruch und hebt den vom Gläubiger vollstreckbaren Titel auf. Im ersten Falle ist notwendig auch der vom Schuldner inzidenter geltend gemachte Schadensersatzanspruch zu versagen, denn die Vollstreckung jenes als richtig anerkannten vorinstanzlichen Urteils hat sich zugleich als rechtmäßig erwiesen. Für eine Aufrechnung mit der Klagforderung ist in Ermanglung der Gegenforderung kein Raum. Verneint jedoch das Gericht entgegen der Auffassung der Vorinstanz die Existenz der vom Gläubiger vollstreckten Prinzipalforderung, so ist zwar der Schadensersatzanspruch des Schuldners begründet, doch scheitert die Aufrechnung daran, daß die Klagforderung nicht besteht. Zum gleichen Ergebnis gelangt Wieczorek[1)], wenn er feststellt: Die Aufrechnung mit der Klagforderung ist unzulässig, "weil wenn sie besteht, die Vollstreckung gerechtfertigt ist".

2. Kaum anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Ersatzanspruch in einem selbständigen Prozeß verfochten wird: Ist das vorinstanzliche Urteil rechtskräftig durch Sachurteil aufgehoben, so steht damit bindend fest, daß die Klagforderung nicht besteht, und die Rechtskraft des Urteils hindert eine erneute Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Prinzipalforderung. Ist hingegen der Vorprozeß noch nicht rechtskräftig entschieden, kann also das aufhebende Urteil seinerseits im Instanzenzuge wieder aufgehoben werden, so ist es gerechtfertigt, wenn das Gericht von der Möglichkeit des § 148 ZPO Gebrauch macht und

1) Wieczorek § 717 Rn C III b 1; sinngemäß ebenso Görres, S. 373.

den Schadensersatzprozeß bis zum rechtskräftigen Abschluß des Hauptprozesses aussetzt. Denn der Gläubiger beruft sich jedenfalls darauf, daß der vollstreckte Titel richtig und sein Vollstreckungsbetrieb rechtmäßig gewesen sei.[1] Hält das aufhebende Berufungsurteil der Überprüfung in der dritten Instanz nicht stand, weil die Klagforderung doch besteht, so ist der Schadensersatzanspruch zu versagen und für eine Aufrechnung aus diesem Grunde kein Platz. Wird indes das aufhebende zweitinstanzliche Urteil bestätigt, dann steht damit fest, daß die Prinzipalforderung nicht besteht, so daß auch in diesem Falle eine Aufrechnung mit der Klagforderung ausgeschlossen ist.

II. Aufhebung des vorinstanzlichen Erkenntnisses durch Prozeßurteil

Ebenso wie im Falle der Titelaufhebung durch Sachurteil wollen wir auch hier wiederum unterscheiden, ob der Aufrechnungseinwand gegenüber dem inzidenter im Hauptprozeß geltend gemachten Ersatzanspruch oder ob er im selbständigen Schadensersatzprozeß erhoben wird.

1. Nicht allzu selten kommt es vor, daß das Gericht der Hauptsache, bei dem zugleich auch der inzidenter geltend gemachte Schadensersatzanspruch anhängig ist, das vorinstanzliche Urteil auf die Berufung des Beklagten aus prozessualen Gründen - beispielsweise wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs oder wegen Unzuständigkeit des Gerichts - aufhebt und die Entscheidung in der Sache selbst zulässigerweise ablehnt. Erklärt hier der Gläubiger gegenüber dem zugleich zur Entscheidung stehenden Schadensersatzanspruch des Schuldners die Aufrechnung mit der Klageforderung, so ist folgendes zu bedenken:

   Würde das Gericht auf diesem Wege über die zur Aufrechnung gestellte Klagforderung urteilen, so würde es gerade das tun, was es zugleich verweigert, nämlich über dieselbe Forderung (gemäß § 322 Abs.2 ZPO rechtskräftig) entscheiden, über die zu erkennen es aus prozessualen Gründen ablehnt und die Klage als unzulässig abweist. Hier fragt es

1) Vgl. oben S. 108 ff., S. 110.

sich, ob nicht das Gericht nach § 148 ZPO verfahren und die Verhandlung über den Schadensersatzanspruch bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klagforderung aussetzen soll, ob nicht möglicherweise gar eine Aussetzungspflicht besteht, oder ob nicht der Aufrechnungseinwand überhaupt als unzulässig zurückgewiesen werden müßte.

Das Reichsgericht[1] hat die Ansicht vertreten, daß die Aufrechnung mit der Klageforderung stets dann, wenn das Gericht die Entscheidung über diesen Anspruch aus prozessualen Gründen ablehnt, unzulässig sei. Der im Inzidentstreit erhobene Aufrechnungseinwand sei als unzulässig zurückzuweisen, denn das Gericht könne sich nicht in Widerspruch zu sich selbst setzen, es könne eine sachliche Prüfung nicht gleichzeitig ablehnen und vornehmen[2]. Ob diese an sich einleuchtende Begründung die Zurückweisung des Aufrechnungseinwandes rechtfertigt, oder ob es nicht vielleicht richtiger ist, den aufgezeigten Widerspruch über die Möglichkeit des § 148 ZPO zu lösen, erscheint fraglich. Geht man davon aus, daß in der Prozeßaufrechnung zugleich eine materiell wirksame Aufrechnungserklärung enthalten sei, die auch im Prozeß notwendig berücksichtigt werden müsse[3], so wird man sich - entgegen dem Wortlaut des § 148 ZPO - zwangsläufig für eine Aussetzungspflicht des Gerichts entscheiden müssen.[4]

Zu einer Aussetzung gemäß § 148 ZPO gelangt man im vorliegenden Falle aber auch, wenn man der Ansicht folgt, daß stets dann, wenn der Aufrechnungseinwand aus prozessualen Gründen zurückgewiesen wird, auch eine materiell wirksame Aufrechnungserklärung nicht vorliegt. Ein Aussetzungszwang besteht hier nicht[5]. Doch hat der Richter im Rahmen seiner Ermessensentscheidung stets zu prüfen, ob er eine Aussetzung des Rechtsstreits nach § 148 ZPO anordnen soll, oder ob die prozessualen Gesichtspunkte, die gegen eine Aussetzung sprechen, so schwer wiegen, daß sie es rechtfertigen, den Einwand als unzulässig zurückzuweisen und damit dem Be-

1) RG JW 1926, 817.
2) RG a.a.O.; ebenso Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 G.
3) BGHZ 16, 124 ff. = BGH NJW 1955, 497 f.
4) Henckel ZZP Bd. 74 S. 185 f.
5) Henckel a.a.O. S. 186.
6) Henckel ZZ: Bd. 74 S. 185 f.

Klagten die materiell-rechtliche Aufrechnungsbefugnis zu nehmen[1]. Geht man hiervon aus, so fragt es sich, ob der Widerspruch, daß das Gericht die Entscheidung über die Klageforderung einerseits zulässigerweise ablehnt, andererseits auf den Aufrechnungseinwand des Vollstreckungsgläubigers hin doch darüber entscheiden würde, es rechtfertigt, dem Gläubiger die materiell-rechtliche Aufrechnungsmöglichkeit zu nehmen. Man wird die Frage verneinen müssen, so daß das Gericht, wenn es sein Ermessen richtig handhabt, von der Möglichkeit des § 148 ZPO Gebrauch macht und den Streit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klageforderung oder so lange aussetzt, bis sie unter Umständen von den Parteien liquide gemacht ist. Dieses Ergebnis leuchtet umso mehr ein, wenn man bedenkt, daß der Gläubiger dann, wenn seine Vollstreckung erfolgreich gewesen ist, nicht den Aufrechnungseinwand erhebt, sondern geltend macht, dem Schuldner sei nach dem Grundsatz der compensatio lucri cum damno insofern und insoweit kein Schaden entstanden, als durch die Vollstreckung - nämlich durch die Aushändigung des Versteigerungserlöses an den Gläubiger - der Schuldner zugleich von seiner Verpflichtung jenem gegenüber frei geworden sei.[2] Diesem Einwand könnte sich das Gericht doch gewißlich nicht verschließen, greift er doch unmittelbar an die Grundfesten des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs. Zur Vermeidung der bekannten Schwierigkeiten bietet sich auch hier als sinnvollste Lösung der Weg der Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO an.

2. Nennenswerte Schwierigkeiten bestehen nicht, wenn der Aufrechnungseinwand im Anschluß an ein im Vorprozeß ergangenes klagabweisendes und titelaufhebendes Prozeßurteil in einem selbständigen Rechtsstreit geltend gemacht wird.

a) Eine Aufrechnung mit der Prinzipalforderung ist stets dann uneingeschränkt möglich, wenn das titelaufhebende Prozeßurteil selbst unaufhebbar gewor-

1) Henckel ZZP Bd. 74 S. 185 f.

2) Vgl. oben S. 112 f. Ferner RGZ 65, 66 ff.; RGJW 1937, 2235; BGHZ 15, 358 ff.: ein Schaden liege nur insoweit vor, als der Inhalt der Vollstrekkungsmaßregel über das hinausgehe, was der Schadensersatzpflichtige kraft des ihm zustehenden Rechts beanspruchen dürfe.

weise dem zuständigen Gericht anhängig ist. Einer Entscheidung über das Bestehen der zur Aufrechnung gestellten Klagforderung im Schadensersatzprozeß steht nichts entgegen.

b) Ist der Vorprozeß noch nicht endgültig abgeschlossen, das abweisende Prozeßurteil also noch nicht rechtskräftig, dann ist eine Aufrechnung mit der Klagforderung ebenfalls zulässig, jedoch mit einer Einschränkung: Auch hier wird das Gericht von der Möglichkeit des § 148 ZPO Gebrauch machen und das Verfahren bis zur endgültigen Entscheidung des Parallelprozesses aussetzen. Denn es ist durchaus denkbar, daß das Revisionsgericht unter Aufhebung des Prozeßurteils das durch dieses aufgehobene erstinstanzliche Urteil bestätigt und die Klagforderung als zu Recht bestehend zubilligt. In diesem Falle erledigt sich der Aufrechnungseinwand, weil der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zu versagen ist. Verneint das in der Sache erkennende Revisionsgericht den Klaganspruch, so besteht zwar der Schadensersatzanspruch, doch entfällt die Aufrechnungsmöglichkeit, weil die Klagforderung nicht besteht. Es gilt in beiden Fällen das gleiche, wie wenn die zur Aufrechnung gestellte Forderung oder der gegnerische Anspruch während des Prozesses erlöschen. Bestätigt jedoch die Revisionsinstanz das titelaufhebende Prozeßurteil, so steht der Aufrechnung mit der Klagforderung nunmehr nichts entgegen.

Im Anschluß an die vorausgegangenen Überlegungen bleibt noch kurz die bisweilen im Schrifttum[1] vertretene Auffassung zu erörtern, daß es unbillig sei, mit der Aufhebung des aufhebenden Urteils in der Revisionsinstanz auch den Schadensersatz nach § 717 Abs. 2 ZPO zu versagen, zumal da der Schuldner u.U. einer zweimaligen Zwangsvollstreckung seitens des Gläubigers ausgesetzt sei. "Gerechter wäre es, nur dem Kläger die Aufrechnung mit dem ihm zuerkannten Anspruch zu gestatten und ihn den weitergehenden Schaden selbst tragen zu lassen."[2] Oder: Der Einwand, daß der Klaganspruch trotz des aufhebenden Urteils zu Recht bestehe, stelle "sich als Aufrechnungseinrede dar"[3]. Gegen diese Auffassung spricht allgemein,

1) Raydt, S. 55; Stein-Jonas § 717 Anm. II 1; Heintze, S. 25.
2) Stein-Jonas § 717 Anm. II 1.
3) Raydt, S. 55.

daß der Schadensersatzanspruch stets im Zeitpunkt des rechtswidrigen Vollstreckungseingriffs entsteht, daß diese Rechtswidrigkeit, die der Schadensersatzanspruch voraussetzt, jedoch nur und erst geltend gemacht werden kann, wenn das vollstreckte Urteil aufgehoben worden ist. Solange aber die Titelaufhebung und damit die Rechtswidrigkeit des Vollstrekkungsbetriebes noch nicht endgültig feststehen, ist auch mit der aufhebenden, jedoch angefochtenen Entscheidung noch nicht das letzte, bindende Wort über das Bestehen des Schadensersatzanspruchs gefallen. Wird das aufhebende Urteil seinerseits endgültig aufgehoben - sei es, weil der vollstreckte Anspruch doch bestand oder prozessuale Mängel nicht vorlagen - so steht damit fest, daß ein Schadensersatzanspruch von Anfang an nicht bestand.[1] Die Aufrechnung jedoch gegenüber einer nicht bestehenden Forderung ist ausgeschlossen. Der Umstand, daß der Schuldner, der auf Grund des ihm den Ersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO zubilligenden, seinerseits nur vorläufig vollstreckbaren Urteils vom Gläubiger das Vollstreckte wieder zurückerhalten hat, nach Aufhebung dieses Urteils ein zweites Mal die Vollstreckung des Gläubigers über sich ergehen lassen muß, kann keineswegs zu Lasten des Gläubigers, sondern nur zu Lasten des Schuldners gehen. Denn das Risiko seiner Vollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Schadensersatzurteil trägt er allein[2], und er wiederum hat zusätzlich dem Gläubiger den durch diese ungerechtfertigte Vollstreckung entstandenen Schaden gemäß § 717 Abs. 2 ZPO zu ersetzen.[3]

C. Zusammenfassung

1. Die Aufrechnung gegenüber dem Schadensersatzanspruch nach § 717 Abs. 2 ZPO ist - wie überhaupt alle sachlichrechtlichen Einwendungen gegen jenen Anspruch - in den Grenzen der vom bürgerlichen Recht normierten Voraussetzungen - grundsätzlich möglich, denn § 717 Abs. 2 ZPO ist seinem inneren Wesen nach eine Vorschrift des materiellen Rechts.

---

1) Vgl. oben S. 106 ff.
2) Vgl. Sydow-Busch § 717 Anm. 5; RGZ 121, 182.
3) Stein-Jonas § 717 Anm. III 5.

2. Für eine Aufrechnung mit der Klagforderung ist nur dann Raum, wenn die Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben ist oder wenn der Schuldner auch sonst nichts an den Gläubiger zur Abwendung der Vollstrekkung geleistet hat. Hat die Vollstreckung dem Gläubiger jedoch das Begehrte erbracht oder hat der Schuldner angesichts der drohenden Zwangsvollstreckung an ihn geleistet, so kann sich der Gläubiger nach dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung darauf berufen, daß zugleich mit der Aushändigung des Geldes oder des Versteigerungserlöses oder mit der vom Schuldner erbrachten Leistung dieser von seiner Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber frei geworden, und daß insofern und insoweit kein Schaden entstanden sei.

3. Im übrigen ist die Aufrechnung mit der Klagforderung nur dann statthaft, wenn der vorläufig vollstreckbare Titel wegen prozessualer Mangel aufgehoben wurde. Das gilt sowohl für den Fall, daß der Ersatzanspruch inzidenter im Hauptprozeß geltend gemacht wird, als auch dann, wenn er den Gegenstand einer neuen, selbständigen Klage bildet. Der Aufrechnungseinwand wird jedoch gegenstandslos, wenn das aufhebende Prozeßurteil in der Folgeinstanz seinerseits wieder aufgehoben wird und das Revisionsgericht (so oder so) zur Sache entscheidet. In allen denjenigen Fällen, in denen ein anderes Gericht als dasjenige, welches über den Schadensersatzanspruch zu befinden hat, über die Prinzipalforderung entscheidet, empfiehlt es sich, zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile und sonstiger Unvereinbarkeiten die Entscheidung über den Schadensersatzanspruch gemäß § 148 ZPO bis zu einer rechtskräftigen Erkenntnis in der Hauptsache auszusetzen.

3. Abschnitt: Der Einwand des Mitverschuldens

In Lehre und Rechtsprechung ist allgemein und unstreitig anerkannt, daß die Vorschrift des § 254 BGB auf alle Schadensersatzpflichtfälle anwendbar ist, insbesondere, daß sie keine Verschuldenshaftung des Schädigers voraussetzt.[1] Ein Mitverschulden des Geschädigten wird also in gleicher Weise gegenüber

1) Für alle Palandt-Danckelmann § 254 Anm. 1.

einem Deliktsanspruch aus § 823 BGB als auch in den Fällen des § 231 BGB sowie denen der Tierhalterhaftung, der Gastwirtshaftung oder der Gefährdungshaftpflicht des Kraftfahrzeughalters berücksichtigt.[1)]

Die Anwendbarkeit des § 254 BGB auch in den Fällen der Haftung für schuldloses Unrecht ist speziell für die unbedingte Gläubigerhaftpflicht des § 717 Abs. 2 ZPO bereits in den Beratungen zur Änderungsnovelle eindeutig zum Ausdruck gekommen.[2)] Man hatte nämlich zunächst beantragt, in die Bestimmungen des § 717 Abs. 2 ZPO ausdrücklich den Satz mit aufzunehmen: "Die Bestimmungen des § 254 BGB finden Anwendung." Dieser Antrag wurde jedoch mit folgender Begründung abgelehnt: Die Bestimmungen des § 254 BGB seien auch für den Fall anwendbar, daß die Schadensersatzpflicht nicht auf einem Verschulden des Ersatzpflichtigen beruhe. Da es sich ferner um allgemeine Bestimmungen des Obligationsrechts handele, mache es auch keinen Unterschied, ob die Schadensersatzpflicht im BGB oder in einem besonderen Gesetze ausgesprochen sei. Werde im Falle des § 717 Abs. 2 ZPO die Anwendbarkeit des § 254 BGB ausdrücklich hervorgehoben, so sei zu besorgen, daß dadurch die Tragweite dieser Bestimmung für andere, nicht im BGB selbst geregelte Fälle verdunkelt werde. Wann im einzelnen der Schadensersatzanspruch des Schuldners durch ein mitwirkendes Verschulden gemäß § 254 BGB ausgeschlossen oder gemindert wird, läßt sich freilich nur von Fall zu Fall bestimmen. In Betracht kommt beispielsweise, daß der Beklagte zulässige Verteidigungsmittel, die ihm bekannt oder zumindest bei gehöriger Sorgfalt erkennbar waren, vorsätzlich oder fahrlässig nicht nutzte; ferner daß er schuldhaft ein Versäumnisurteil ergehen ließ[3)]; oder daß er es unterließ, den Kläger auf eine diesem nicht erkennbare Gefahr eines außergewöhnlich hohen mit der Vollstreckung verbundenen Schadens aufmerksam zu machen (§ 254 Abs. 2 BGB)[4)]; daß der Schuldner gegebenenfalls die in § 713 ZPO gebotene Möglichkeit nicht wahrnahm, oder daß er sonstige zu Gebote stehende Rechtsbehelfe (z.B. §§ 719, 707 ZPO) außer acht ließ[5)], und schließlich auch, daß er gegen

1) RGZ 51, 278; 75, 394; BGH VersR 1955, 540 f.
2) Hahn-Mugdan, Bd. 8, S. 394.
3) KG JW 1930, 168.
4) RGZ 64, 283; RG Warn. Rspr. 1909, 282.

eine unzulässige Zwangsvollstreckung nicht im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO eingeschritten ist, beispielsweise wenn der Zahnarzt, dessen einzige Bohrmaschine gepfändet wurde, hiergegen nichts unternimmt und später vom Gläubiger Ersatz des gesamten Gewinnausfalls verlangt.

In aller Regel sind jene Fälle geeignet, die Schadensersatzpflicht des Gläubigers zu mindern, doch ist es schwerlich denkbar, daß sie vollends ausgeschlossen wird, denn der Gläubiger muß doch jedenfalls das zurückgewähren, was er tatsächlich durch die Zwangsvollstreckung vom Schuldner erhalten hat.

4. Abschnitt: Der Einwand des Zurückbehaltungsrechts

A. Leistungsverweigerungsrecht wegen nicht erfüllter Klagforderung

Nach § 273 Abs. 1 BGB ist der Schuldner berechtigt, die ihm obliegende Leistung zu verweigern, bis der Gläubiger seinerseits die von ihm geschuldete Leistung erbringt, sofern beide Verpflichtungen demselben rechtlichen Verhältnis entspringen. "Dasselbe rechtliche Verhältnis" ist nach einhelliger Auffassung im weitesten Sinne zu verstehen, d.h. die Konnexität ist nicht nur zu bejahen, wenn die sich gegenüberstehenden Verpflichtungen in demselben Rechts- insbesondere Schuldverhältnis wurzeln, sondern es genügt, wenn beide Ansprüche durch "ein innerlich zusammengehöriges einheitliches Lebensverhältnis" verbunden sind[1], ein "innerer natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang beider Ansprüche oder Anspruchsgrundlagen, insbesondere beider zugrunde liegender Rechtsgeschäfte" besteht.[2] Diesen "inneren natürlichen wirtschaftlichen Zusammenhang" hat das Reichsgericht zu Recht für den Fall verneint, daß sich der Gläubiger unter Hinweis auf die Klagforderung auf ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO

1) RGZ 72, 65.
2) RGZ 134, 146; 158, 14.

beruft.[1] Denn es stehen sich hier zwei Ansprüche gegenüber, die nichts weiter miteinander verbindet als daß der eine durch die prozessuale Verwirklichung des anderen entstanden ist. Der Kaufvertrag, Gesellschaftsvertrag, das Delikt oder was es auch immer gewesen sein mag, worauf die Klagforderung beruht, hat mit dem prozessualen Verhältnis, aus dem der Schadensersatzanspruch entstand, nicht jenen inneren natürlichen Zusammenhang gemein, der für die Anwendbarkeit des § 273 BGB vorausgesetzt wird, und der beispielsweise dann gegeben ist, wenn die sich gegenüberstehenden Ansprüche auf ein und denselben wirtschaftlichen Vorgang[2], beispielsweise einer Gesellschaftsgründung, beruhen, oder in den Rahmen ein und derselben wirtschaftlichen Dauerbeziehung fallen.[3]

B. Zurückbehaltungsrecht wegen gemachter Verwendungen

Von erheblich praktischerer Bedeutung ist der Einwand des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen auf eine Sache (§§ 273 Abs.2, 1000 BGB)[4], die Gegenstand der Zwangsvollstreckung des Gläubigers ist.

Nicht selten kommt es vor, daß der Gläubiger, der sich durch unrechtmäßige Zwangsvollstreckung in den Besitz einer Sache gebracht hat, die er später dem Schuldner nach § 717 Abs.2 ZPO herauszugeben verpflichtet ist, zur Erhaltung dieser Sache notwendige Verwendungen gemacht hat und dies dem Schadensersatzanspruch einredeweise entgegenhält. Nach einer bei Stein-Jonas[5] im Anschluß an die schon genannte Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 123 S. 395) vertretenen Auffassung soll der Einwand des Gläubigers nicht durchgreifen, "denn wenn man zuließe, daß der Gegner in der durch die Vollstreckung erlangten besseren Rechtsposi-

1) RGZ 123, 395; ebenso Rosenberg, Lehrb. § 174 VI 1 d.
2) RGZ 72, 65; 85, 135.
3) RGZ 68, 34.
4) Zur Frage des Ausschlusses wegen Vorsatzes vgl. oben S. 140 Anm. 3 und ausführlicher unten S. 131 ff.
5) Stein-Jonas § 717 Anm. II 5.

tion bliebe, so wäre das keine Wiederherstellung des Zustandes, der vor der Vollstreckung bestand". Das vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn wäre es richtig, dann wäre ein Zurückbehaltungsrecht wegen gemachter Verwendungen gegenüber jedem Schadensersatzanspruch ausgeschlossen, ein Ergebnis, das weder mit § 273 noch mit § 1000 BGB vereinbar ist. Nach u.E. richtiger Ansicht ist der Gläubiger mit seinem auf gemachte Verwendungen gestützten Zurückbehaltungsrecht in den Grenzen der §§ 273 und 1000 BGB zu hören.

Wegen der äußeren Ähnlichkeit der Fälle sei der Vollständigkeit halber dem soeben aufgeführten noch ein zweiter gegenübergestellt, der sich von jenem trotz seiner äußeren Ähnlichkeit grundlegend unterscheidet: Es ist denkbar, daß sich der Schuldner, der in der ersten Instanz unterlag, in der Berufungsinstanz gegenüber dem bereits vollstreckten Herausgabeanspruch und zur Begründung eines eigenen Schadensersatzanspruchs aus § 717 Abs. 2 ZPO auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen zuvor gemachter Verwendungen beruft. Mit diesem Vorbringen ist der Schuldner auszuschließen, denn das Zurückbehaltungsrecht, auf das er sich beruft, setzt voraus, daß er sich auch noch im Besitz der Sache befindet.[1] Diesen hat sich jedoch bereits der Gläubiger auf Grund des vorläufig vollstreckbaren erstinstanzlichen Urteils zwangsweise verschafft.[2]

5. Teil: Die Haftpflicht des Gläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO und die möglicherweise konkurrierende Schadensersatzpflicht nach § 823 BGB

In den Motiven zum BGB hatte man sich ursprünglich gegen die Aufnahme einer besonderen, die unbedingte Ersatzpflicht des Arrestlegers oder Vollstreckungsgläubigers normierende Gesetzesbestimmung ausgesprochen. Man war der Auffassung, es genüge, daß Arrestleger und Vollstreckungsgläubiger, die aus einem noch nicht endgültigen Titel vollstrecken, zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichtet seien, "wenn die Vorausset-

1) Palandt-Danckelmann § 273 Anm. 1c.
2) Vgl. RGZ 109, 104 ff.; Wieczorek § 717 Rn C III b 2.

zungen der §§ 704 (Abs. 2 - Verletzung eines absoluten Rechts), 705 (Abs. 1 - Verstoß gegen ein Verbotsgesetz) vorlägen".[1] Hiermit war die Haftung des Gläubigers aus den späteren Vorschriften des § 823 Abs. 1 und Abs. 2 gemeint.

1. Abschnitt: Die objektiven Voraussetzungen einer Haftung des Vollstreckungsgläubigers nach § 823 BGB

Grundlage der Gläubigerhaftpflicht aus § 717 Abs. 2 ZPO ist der objektiv rechtswidrige Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers, d.h. schlechthin sein rechtswidriges Eingreifen in die Rechtssphäre des Schuldners. Nach § 823 Abs. 1 BGB indes berechtigen nur solche rechtswidrigen Eingriffe zum Schadensersatz, die sich gegen die dort ausdrücklich festgelegten absoluten Rechte eines Dritten, wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und sonstige vergleichbare Rechte richten. Nach § 823 Abs. 2 BGB trifft die Schadensersatzpflicht ferner denjenigen, der gegen ein den Schutz des anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Die Frage, die sich hiernach stellt, ist also die, inwieweit sich die Haftung des Gläubigers nach § 823 BGB mit derjenigen aus § 717 Abs. 2 ZPO dem objektiven Tatbestand nach deckt.

A. Vollstreckungseingriff in Freiheit und Eigentum des Schuldners

Grundsätzlich unproblematisch ist die Frage nach einer Haftung des Gläubigers gemäß § 823 Abs. 1 BGB in allen den Fällen, in denen durch die Vollstreckung in bewegliche Sachen und in Grundstücke des Schuldners in dessen Eigentum zwangsweise eingegriffen wird, sowie stets dann, wenn im Wege der Zwangshaft, etwa bei der Erwirkung unvertretbarer Handlungen (§ 888 ZPO), gegen den Schuldner vorgegangen wird. Denn Eigentum

1) Motive zum Entwurf eines BGB Bd. II, S. 757.

und Freiheit sind nach § 823 Abs. 1 BGB gegen fremde Eingriffe ausdrücklich geschützt.

B. Die Vollstreckung in Forderungsrechte

Nicht wesentlich anders als die Vollstreckung in bewegliche Sachen und Grundstücke des Schuldners ist diejenige in Forderungsrechte zu beurteilen. Forderungsrechte sind zwar keine absoluten Rechte, wie sie in § 823 Abs. 1 gegen Eingriffe Dritter geschützt sind. Richtig ist daher, daß sie grundsätzlich nicht den Schutz genießen, der jenen ausschließlichen Rechten in § 823 Abs. 1 BGB gewährt wird. Doch ist die Rechtszuständigkeit des Gläubigers, d.h. die Zuordnung des Forderungsrechts zum Vermögen des Gläubigers, die "Gläubigerschaft", sicherlich "eine Rechtsposition, die grundsätzlich jedermann zu achten verbunden ist"[1]. Es ist deshalb gerechtfertigt, den Eingriff eines Dritten in die Rechtszuständigkeit des Gläubigers der Verletzung eines "sonstigen Rechts" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB gleich zu erachten.[2] Um einen solchen Eingriff in die Zuordnung der Forderung zum Vermögen des Gläubigers handelt es sich bei der Vollstreckung in Forderungsrechte des Vollstreckungsschuldners, denn mit der Pfändung hindert der Vollstreckungsgläubiger den Schuldner daran, über seine Forderung durch Einziehung oder Abtretung zu verfügen (§ 829 Abs. 1 S. 2 ZPO) und nach § 835 Abs. 1 ZPO wird die gepfändete Forderung dem Vollstreckungsgläubiger zur Einziehung oder an Zahlungs Statt überwiesen.[3]

1) Larenz, Lehrb. Bd. I § 2 II und Bd. II § 66 I a.

2) Larenz a.a.O. und die dort Genannten.

3) Denkbar wäre u.U. auch eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 240 oder 253 StGB wegen Nötigung oder Erpressung (Vgl. RGSt 34, 281). Denn der Gläubiger hindert den Schuldner mit den Zwangsmitteln des rechtswidrigen Vollstreckungsbetriebes daran, über seine Forderung zu verfügen, sich ihren wirtschaftlichen Wert zunutze zu machen, und die Anspruchsverwirklichung mit Zwangsmitteln, welche die Rechtsordnung dem Gläubiger anzuwenden nicht gestattet, begründet objektiv den Tatbestand der Nötigung (Vgl. Schönke-Schröder § 240 Anm. V 3), die bei Fehlen des materiellen Anspruchs und bei entsprechender Bereicherungsabsicht des Gläubigers zur Erpressung wird. Die Tatsache, daß die Rechtsordnung dem Gläubiger sein Vorgehen ermöglicht, ist unbeachtlich, denn sie gewährt ihm diese Möglichkeit nur um der Verwirklichung seines bestehenden vollstreckbaren Anspruchs willen.

C. Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung

Schließlich verbleiben noch diejenigen Fälle, in denen der Schuldner außerhalb der Zwangsvollstreckung, jedoch unter der Drohung des Gläubigers, sie alsbald gegen ihn durchzuführen, die geforderte Leistung erbringt. Der Unterschied besteht hier allein darin, daß der Gläubiger vorerst von der Anwendung unmittelbaren staatlichen Zwanges absieht, und es dem Schuldner gegenüber zunächst mit der bloßen Drohung versucht, er werde im Wege der Zwangsvollstreckung gegen ihn vorgehen, wenn er nicht zuvor "freiwillig" leiste. Man wird auch hier die Möglichkeit einer Haftung des Vollstreckungsgläubigers nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit §§ 240 oder 253 StGB nicht ausschließen können, wenn es auch in der Regel der Fälle an der subjektiven Seite des betreffenden Straftatbestandes fehlen wird. Der Gläubiger droht dem Schuldner nämlich mit einem Übel, der Zwangsvollstreckung, die er auszulösen und durchzuführen nicht berechtigt ist. Diese rechtswidrige Drohung, die der Gläubiger bei Fehlen des materiellen Anspruchs möglicherweise in Bereicherungsabsicht vornimmt, steht nach § 240 StGB der unmittelbaren Gewaltanwendung selbst gleich.[1)]

2. Abschnitt: Die Beweislastverteilung bei der Haftung nach § 823 BGB und derjenigen nach § 717 Abs. 2 ZPO

Ganz abgesehen von den tatsächlichen Schwierigkeiten, welche die für die Ansprüche aus § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB bedeutsame subjektive Seite der Tatbestandsverwirklichung in sich birgt, ergeben sich bei der Gegenüberstellung der Haftpflicht aus § 717 Abs. 2 ZPO und der nach § 823 BGB im Bereich des objektiven Tatbestands möglicherweise beachtliche Unterschiede in der Frage der Beweislastverteilung.

---

1) Vgl. Vorseite Anm. 3).

A. Das Regel- und Ausnahmeverhältnis als Grundregel für die Verteilung der Beweislast

Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz der Beweislastverteilung, daß derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die zur Begründung desselben erforderlichen Tatsachen beweisen muß[1], d.h. diejenigen Tatsachen, "die der Regel nach geeignet sind, den Schluß auf die Entstehung des erhobenen Anspruchs zu rechtfertigen".[2] Dem Kläger obliegt es nicht, "die Abwesenheit besonderer Tatsachen zu beweisen, welche gegebenenfalls die dem Tatbestande an und für sich zukommende Wirkung ausschließen würden. Diese besonderen Umstände hat vielmehr derjenige zu beweisen, der auf Grund ihrer die rechtliche Wirkung des Tatbestandes verneint."[3] Diese und ähnliche grundsätzliche Beweislastregeln sollten ursprünglich als allgemeine Bestimmungen in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen werden. Doch unterließ man es später, weil die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes die Ansicht vertrat, daß es der Wissenschaft zu überlassen sei, solche allgemeinen Regeln aufzustellen, und daß es sich andererseits empfehle, durch eine entsprechende Fassung der einzelnen Rechtssätze hervorzuheben, wie sich die Beweislast verteile, insbesondere welches der regelmäßige Tatbestand und welches die Ausnahme sei.[4]

Dieses für die Beweislastverteilung maßgebliche Regel- und Ausnahmeverhältnis zeigt sich am Beispiel der Haftpflicht nach § 823 Abs. 1 BGB und beispielsweise den Vorschriften der §§ 226 bis 229 BGB in doppelter Beziehung: 1. Aus der Ausschließlichkeit der in § 823 Abs. 1 BGB aufgeführten und gegen Eingriffe Dritter geschützten Rechte folgt notwendig die grundsätzliche Widerrechtlichkeit aller derjenigen Handlungen, die auf eine Verletzung jener Rechte ausgerichtet sind und zu einem schädigenden Eingriff in die geschützte Rechtssphäre des anderen führen.[5] "Es liegt in dem

1) Rosenberg, Beweislast, S. 98; Betzinger, Beweislast S. 2.
2) RG JW 1907, 138; vgl. Motive zum BGB Bd. I S. 382 zu den §§ 193 bis 195 des Entwurfes; ferner Wach, Beweislast, S. 366, 389; Betzinger, Beweislast, S. 82 ff.
3) RG JW 1907, 138; § 194 Abs. 1 des ersten Entwurfes zum BGB.
4) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB, Bd. I S. 259.
5) Larenz, Lehrb. Bd. II § 66 I e; Palandt-Gramm § 823 Anm. 7.

Begriffe eines solchen subjektiven Rechts, daß jeder Dritte dasselbe achten muß und nicht verletzen darf".[1] Das nach § 823 Abs. 1 rechtsverletzende Handeln ist "an sich rechtswidrig"[2], die Rechtswidrigkeit steht mit dem schädigenden Eingriff in aller Regel "von vornherein" fest[3]. Nur ausnahmsweise ist "im einzelnen Falle die an sich vorhandene Widerrechtlichkeit" ausgeschlossen, wenn der Eingriff durch eine "besondere Befugnis" gerechtfertigt wird[4]. 2. Der Gesetzgeber hat durch die Fassung der §§ 226 bis 229 BGB deutlich hervorgehoben, daß hier lediglich Ausnahmen von einer Regel, nämlich der an sich gegebenen Rechtswidrigkeit der betreffenden Handlung, anerkannt worden sind.

B. Die Beweislast bei der Gläubigerhaftpflicht gemäß § 823 Abs. 1 BGB

Unter der Voraussetzung, daß der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers als ein unmittelbar, oder nach der modernen Unrechtslehre vorsätzlich in die absolut geschützte Rechtssphäre des Schuldners eingreifendes Handeln zu beurteilen ist und auch der Gedanke der Sozialadäquanz nichts anderes ergibt, ist die Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes durch den Eingriff in die Ausschließlichkeitssphäre des Schuldners indiziert, und es obliegt folglich dem Gläubiger, den Ausschluß der Widerrechtlichkeit, d.h. die Existenz eines rechtfertigenden Vollstreckungsrechts darzutun und zu beweisen. Das entspräche dem oben dargelegten Regel- und Ausnahmeverhältnis, wobei das rechtfertigende Vollstreckungsrecht etwa dem Selbsthilferecht des BGB vergleichbar wäre. Die Frage nach der Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit des gläubigerischen rechtsverletzenden Vollstrekkungsbetriebes wird einigermaßen verdunkelt durch die Tatsache, daß der Gläubiger notwendig den Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht als staatliche Vollstreckungsorgane gleichsam als Werkzeuge zur Verwirklichung seines Tuns einschaltet. Doch ändert dies nichts an der Unmittelbarkeit des rechtsverletzenden Vollstreckungsbetriebes, denn das Handeln

1) Motive zum BGB Bd. II S. 726.
2) Zitelmann, Arch. für civ. Prax. Bd. 99 S. 1.
3) RGRK-Haager § 823 Anm. 44.
4) Erman § 823 Anm. 10; H. A. Fischer, S. 46; Zitelmann a. a. O.

mittels eines Dritten als Werkzeug steht der eigenhändigen Tatbestandsverwirklichung gleich, sofern nur der Wille des Hintermannes auf den erstrebten und erzielten Erfolg ausgerichtet ist. Das ist hier nicht zweifelhaft, und in diesem Sinne ist das Handeln des Gläubigers zugleich vorsätzlich nach der modernen Unrechtslehre, ohne daß es auf das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit beim Gläubiger ankäme.

Die Frage der Sozialadäquanz ist in dem Sinne zu beantworten, daß als sozialtypisch nur beurteilt werden kann, daß jedermann, der einen vollstreckbaren Anspruch hat, diesen im Wege und mit den Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung verwirklicht.

Wir gelangen also zu dem Ergebnis, daß im Falle des § 823 Abs. 1 BGB der Vollstreckungsschuldner nur den Eingriff in seine Ausschließlichkeitssphäre zu beweisen hat, und daß der Gläubiger den Nachweis dafür erbringen muß, daß sein Vollstreckungsbetrieb wegen der Existenz des vollstreckbaren Anspruchs gerechtfertigt war, d.h. daß ihm der Rechtfertigungsgrund eines Vollstreckungsrechts zur Seite stand.[1)]

C. Die Beweislastsituation im Falle des § 717 Abs. 2 ZPO

Auf den ersten Blick mag es erscheinen, als sei die Beweislastsituation im Falle des § 717 Abs. 2 ZPO gerade umgekehrt als bei der Gläubigerhaftpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB. Es scheint, als müsse der Schuldner, der seinen Schadensersatzanspruch nach § 717 Abs. 2 ZPO verficht, zu dessen Begründung diejenigen Tatsachen darlegen und beweisen, die den Schluß auf die Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes ergeben, oder gar, er müsse - nur - behaupten und beweisen, daß der Titel, aus dem der Vollstreckungsgläubiger gegen ihn vollstreckt hat, inzwischen aufgehoben ist. Nun, eine kurze Analyse wird zeigen, daß in Wirklichkeit weder das eine noch das andere zutrifft.

Unserer Betrachtung wollen wir den Regelfall zugrunde legen, nämlich

1) Vgl. oben S. 91.

den, daß der Vollstreckungsschuldner seinen Schadensersatzanspruch inzidenter im Hauptprozeß gemäß § 717 Abs.2 S.2 ZPO geltend macht. Hier wäre es zunächst sicherlich unsinnig, wollte man annehmen, der Schuldner beriefe sich zur Begründung seines Ersatzanspruchs auf die Aufhebung des vollstreckten vorläufigen Titels, denn er macht doch seinen Anspruch in aller Regel bereits vor der Titelaufhebung geltend. Zum anderen trifft es auch nicht zu, daß der Gläubiger im Falle des § 717 Abs.2 ZPO für die Tatsachen beweispflichtig ist, aus denen die Rechtswidrigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes folgt. Der Inzidentantrag des Schuldners nach § 717 Abs.2 S.2 ZPO steht nämlich in enger logischer Verknüpfung mit dem Klagantrag des Gläubigers in der Hauptsache, wo um die Existenz des vollstreckten materiellen Anspruchs gestritten wird.[1] Dessen Existenzvoraussetzungen sowie diejenigen der prozessualen Zulässigkeit hat der Gläubiger zu beweisen, wenn er nicht den Prozeß verlieren und zugleich zum Schadensersatz verurteilt werden will. Für eine Beweislast des Schuldners, die sich notwendig auf dasselbe - nur mit negativem Vorzeichen - beziehen müßte, ist kein Platz mehr, denn beide Ansprüche, die Klagforderung und die Schadensersatzforderung "können nicht völlig unabhängig voneinander behandelt werden".[2]

Wir können also im Ergebnis feststellen, daß auch im Falle des § 717 Abs.2 ZPO der Vollstreckungsgläubiger die Beweislast für die Voraussetzungen seines rechtmäßigen Vollstreckungsbetriebes und damit eines rechtfertigenden Vollstreckungsrechts zu beweisen hat. Es ist hier nicht anders als im Falle der Haftung des Gläubigers nach § 823 Abs.1 BGB, und dies Ergebnis bestätigt auch unsere zuvor in jenem Falle gemachten Ausführungen. Denn es wäre kaum einzusehen, wenn es dort anders sein sollte als hier: Die Beweislastfrage ist gleich zu beantworten.

3. Abschnitt: Vorsätzlich oder fahrlässig rechtswidriger Vollstreckungsbetrieb

Der praktisch bedeutsamste Unterschied der Gläubigerhaftpflicht nach § 823 Abs.1 BGB und derjenigen nach § 717 Abs.2 ZPO besteht schließlich darin,

1) RG JW 1935, 2727.
2) RG a.a.O.

daß eine Ersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 BGB stets ein vorsätzliches oder fahrlässiges rechtsverletzendes Handeln voraussetzt, während der Gläubiger nach § 717 Abs. 2 ZPO unbedingt haftet.

Im Anschluß an eine neuere von Welzel[1] für den Bereich des Strafrechts entwickelte und auch von Nipperdey[2] für das Zivilrecht geforderte finale Handlungslehre, die sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit als konstituierende Elemente der Handlung in den Handlungsbegriff einbezieht und davon die Schuld als persönliche Vorwerfbarkeit unterscheidet, ist die Auffassung von einer weitgehend "verobjektivierten Schuld" im Bereich des Zivilrechts einigermaßen umstritten[3]. Doch scheint sich u. E. zu Recht die Ansicht durchzusetzen, daß jener für den Bereich des Strafrechts entwickelte finale Handlungsbegriff "keine unmittelbare Übertragung auf das Zivilrechtsgebiet duldet".[4] Denn die neuere Lehre berücksichtigt nicht, daß die Rechtsbegriffe aus dem Zweckgedanken heraus gebildet werden müssen und es sich hier nicht um vorgegebene, ontologische Begriffe handelt. Die Verschiedenheit der Ordnungsaufgaben im Straf- und Zivilrecht, die Sühne für begangenes (personales) Unrecht auf der einen und das Prinzip gerechter Schadensabnahme auf der anderen Seite, lassen es gerechtfertigt erscheinen, daß der Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts die im Strafrecht unentbehrliche persönliche Vorwerfbarkeit nicht voraussetzt, und daß Vorsatz hier nicht i. S. reinen Tatvorsatzes als eines "essentiellen Unrechtselementes"[5] verstanden werden kann. Das im Bereich des Zivilrechts gebräuchliche "bequeme Wort" Verschuldenshaftung ist hier fehl am Platze, denn es verdeckt das Grundproblem des zivilen Schadensersatzes: die Frage nach einem gerechten Schadensausgleich im zivilen Zusammenleben.[6] Wollte man dennoch für den Bereich des Zivilrechts der Welzelschen Auffassung folgen, dann würde auch hier beispielsweise der Irrtum über einen anerkannten Rechtfertigungsgrund - ganz gleich, ob der Irrtum tatsächlicher oder rechtlicher Art ist - den Vorsatz unberührt

1) Welzel, Bild S. 25 ff.; Das Deutsche Strafrecht, S. 29 ff., 42 ff., 54 ff., 115 ff.
2) Nipperdey, NJW 1957, 1782.
3) Vgl. oben S. 91 ff.
4) Wieacker, JZ 1957, 536.
5) Welzel, Bild, S. 29.
6) Wieacker, JZ 1957, 537.

lassen. Es würde ihn nur ein Irrtum über die rein rechtlichen Voraussetzungen des Tatbestandes ausschließen können. Demnach handelte der Gläubiger, der bei seinem Vollstreckungsbetrieb irrig und im Vertrauen auf die Richtigkeit des Vollstreckungstitels von der Existenz eines rechtfertigenden Vollstreckungsrechts ausging, stets vorsätzlich, so daß immer neben der Haftung aus § 717 Abs. 2 ZPO zugleich auch eine Ersatzpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB begründet wäre, sofern man nicht das dem Zivilrecht im wesentlichen fremde Korrektiv einer persönlichen Schuld heranziehen wollte. Auch nach einer in der Strafrechtsprechung vorherrschenden gemäßigt finalen Auffassung, nach der zwar der Irrtum über die rechtlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes den Vorsatz unberührt läßt, der tatsächliche Irrtum ihn jedoch ausschließt, würde der Vollstreckungsgläubiger, der sich über die materielle bzw. prozessuale Rechtslage irrt, stets vorsätzlich handeln. Das müßte zugleich auch im Falle ungerechtfertigter Selbsthilfe gelten, wenn sich der Selbsthilfe Übende über die Voraussetzungen seines Ausnahmerechtes, insbesondere über dessen rechtliche Bedingungen, irrt. Wozu hätte es dann aber überhaupt einer unbedingten Ersatzpflicht nach § 231 BGB und § 717 Abs. 2 ZPO bedurft, wenn eine Haftung in diesen Fällen stets oder zumindest schon in aller Regel wegen vorsätzlicher Rechtsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB begründet gewesen wäre? Welchen Sinn hätte auch die Vorschrift des § 393 BGB, wenn man den Vorsatz i. S. eines "essentiellen Unrechtselements" verstünde? Mit ihr wollte der Gesetzgeber doch die Möglichkeit ausschließen, daß ein Ausgleich des Geschuldeten mittels vorsätzlich, d.h. bewußt begangenen Unrechts herbeigeführt werden könnte; der Gläubiger sollte gegen unlautere Machenschaften des Schuldners geschützt werden. Für den Fall der Haftung wegen ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung hat auch das Reichsgericht die Anwendung des § 393 BGB ausdrücklich verneint.[1] Das entspricht der im Zivilrecht herrschenden Auffassung, daß der vorsätzlich handelnde Täter stets auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit haben muß[2], und daß ein Irrtum, gleichgültig, ob er tatsächlicher oder rechtlicher Natur ist, anders als im Strafrecht den Vorsatz stets ausschließt.[3]

---

1) RGZ 64, 278.

2) Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 19 II; Lehmann, AT § 41 I 2 c.

3) Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 3.

Im Ergebnis können wir also feststellen, daß eine Haftung des Gläubigers nach § 823 Abs. 1 BGB wegen vorsätzlichen rechtsverletzenden Vollstrekkungsbetriebes in aller Regel daran scheitert, daß der Irrtum des Gläubigers über das Bestehen seines Vollstreckungsrechtes ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Tuns nimmt.

Für die Frage der Fahrlässigkeit ist ausschlaggebend, ob der Gläubiger unter Beachtung der erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) seinen Irrtum hätte erkennen und vermeiden können. Hier wird sich der Gläubiger in aller Regel erfolgreich damit verteidigen können, daß man doch von ihm nicht mehr verlangen könne und dürfe als vom Richter, der ihm sein Recht nach reiflicher und sachkundiger Überlegung zugesprochen habe. Im Ergebnis ist es demnach regelmäßig so, daß der Gläubiger auch bei Beobachtung der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" zu der irrigen Auffassung vom Bestehen seines Rechtes zur Zwangsvollstreckung und damit von der Rechtmäßigkeit seines rechtsverletzenden Handelns kommen konnte, so daß auch eine Haftung wegen Fahrlässigkeit in den meisten Fällen nicht begründet ist.

II. HAUPTTEIL: Die besonderen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach § 717 Abs. 2 ZPO und seine prozessuale Geltendmachung

Der Ersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO ist, wie wir schon eingangs feststellten[1)], gekennzeichnet durch seine Doppelnatur: Ihrem inneren Wesen nach gewährt jene Vorschrift einen materiellrechtlichen Schadensersatzanspruch, dessen Grundlage die objektive Widerrechtlichkeit des gläubigerischen Vollstreckungsbetriebes ist. Seinen äußeren tatbestandlichen Voraussetzungen nach ist der Anspruch jedoch prozessualer Natur, und seine prozessuale Verwirklichung weist eine Reihe prozeßrechtlicher Besonderheiten auf.

1) Vgl. oben S. 2 f.

1. Teil: Die prozessualen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

Die Vorschrift des § 717 Abs. 2 bestimmt, daß der "Kläger", der aus einem "für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil" gegen den "Beklagten" hat vollstrecken lassen, diesem den durch die Zwangsvollstreckung oder eine zu ihrer Abwendung gemachte Leistung entstandenen Schaden zu ersetzen hat, wenn das "Urteil" im weiteren Verlauf des Rechtsstreits "aufgehoben oder abgeändert" wird.

1. Abschnitt: "Kläger" und "Beklagter" als Schuldner und Gläubiger des Anspruchs

Sowohl in § 717 Abs. 2 als auch in Abs. 3 dieser Bestimmung sind als Anspruchsberechtigter der Beklagte und als Verpflichteter der Kläger genannt. Gemeint sind jedoch offensichtlich Vollstreckungsschuldner und Vollstreckungsgläubiger ohne Rücksicht auf ihre Parteirollen im Prozeß.[1] Ist also beispielsweise ein klagabweisendes Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt worden und hat der Beklagte gegen den Kläger die Kosten festsetzen und beitreiben lassen, so kann auch der Kläger als Vollstreckungsschuldner nach § 717 Abs. 2 ZPO Schadensersatz verlangen.[2] Ohne Einfluß auf die Haftung des Gläubigers ist es, ob er selbst, sein gesetzlicher Vertreter, oder sein Prozeßbevollmächtigter hat vollstrecken lassen.[3] Hat der Gläubiger die "in Streit befangene Sache" nach Rechtshängigkeit veräußert oder den Klaganspruch abgetreten, und hat der Rechtsnachfolger die Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil betrieben, so haftet nicht der Gläubiger (Kläger), sondern sein Rechtsnachfolger. Das ist einhellig anerkannt[4] und ergibt sich daraus, daß der Rechtsnachfolger, nicht aber der Kläger, der für den Vollstreckungsschaden ver-

1) Rosenberg, Lehrb. § 174 VI 1c; Wieczorek § 717 Rn B IV; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 D.

2) RGZ 49, 411; OLG Hamm E 29, 164.

3) RGZ 96, 177 f.

4) Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 D; Rosenberg, Lehrb. § 174 VI 1e; RGZ 148, 167 = RG JW 1935, 2727; Jonas Anm. JW 1935, 2729.

antwortliche Vollstreckungsgläubiger ist, wenn und weil sein Vollstrekkungsbetrieb objektiv rechtswidrig war und er allein das Risiko des Irrtums über die Rechtswidrigkeit seines Vollstreckungsbetriebes tragen muß. Fraglich könnte im Falle des § 265 ZPO indes sein, ob der Beklagte auch hier die Möglichkeit des Inzidentantrages gemäß § 717 Abs. 2 S. 2 ZPO hat und gegen wen gegebenenfalls dieser Antrag gerichtet sein muß. Die erste Frage wird in Schrifttum und Rechtsprechung mit Recht einhellig bejaht[1]. Denn die Bestimmung des § 265 ZPO hat den Zweck, die Belange des Beklagten zu wahren; er soll durch die nach Eintritt der Rechtshängigkeit geschehene Abtretung des Anspruchs nicht benachteiligt werden. Mit dem Schutzzweck des § 265 ZPO wäre es nicht vereinbar, "wenn der Zessionar zwar die Vorteile der Prozeßführung für sich in Anspruch nehmen, deren Nachteile aber ablehnen dürfte, und nicht einmal zur Herausgabe des auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils Bezahlten und ihm Zugeflossenen verpflichtet wäre. Der Klaganspruch und der Rückzahlungsanspruch können nicht völlig unabhängig voneinander behandelt werden."[2] Wollte man dem Beklagten die ihm in § 717 Abs. 2 S. 2 gewährte Möglichkeit, seinen Ersatzanspruch im selben Verfahren geltend zu machen, versagen und ihn auf einen besonderen Prozeß verweisen, "so würde der Zweck der Bestimmung des § 265 ZPO, den Schuldner gegen die durch die Abtretung drohenden Nachteile zu schützen, nur unvollkommen erreicht."[3]

Die zweite Frage war die, gegen wen der Inzidentantrag des Beklagten im Falle des § 265 ZPO zu lauten hat, wer zu verurteilen ist, der Kläger oder der Rechtsnachfolger.

Rosenberg[4] vertritt im Anschluß an die bereits mehrfach zitierte Entscheidung des Reichsgerichts[5] die Ansicht: "Falls der Rechtsnachfolger, der den Anspruch nach der Rechtshängigkeit erworben hat, vollstreckt hat . . . , so kann der Anspruch auf Schadensersatz im schwebenden Prozeß gemäß

1) Rosenberg, Lehrb. § 174 VI 1 e; Stein-Jonas § 717 Anm. II 3; Wieczorek, § 717 Rn B IV b; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 D; RGZ 148, 167 = RG JW 1935, 2727 ff. mit Anm. von Jonas.

2) RG JW 1935, 2727.

3) RG a. a. O.

4) Rosenberg, Lehrb. § 174 VI 1 e.

5) RG a. a. O.

§ 265 Abs. 2 S. 1 ZPO dem Prozeßgegner gegenüber erhoben werden. Dieser ist auch zu verurteilen. Das Urteil wirkt gegen den Rechtsnachfolger; gegen ihn ist die Vollstreckungsklausel nach §§ 727, 731 ZPO zu erteilen, ohne Unterschied, ob der vollstreckbare Anspruch schon bei der Abtretung oder später weggefallen ist (RG 148, 167). Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung zur Begründung dafür, daß nicht der Rechtsnachfolger, sondern der Kläger zu verurteilen sei, ausgeführt, mit dem Grundgedanken des § 265 ZPO und überhaupt mit dem Prozeßrecht wäre es kaum vereinbar, "einen Dritten, der bisher im Prozeß nicht aufgetreten ist, zu einer Leistung zu verurteilen".

Die Gegenansicht[1] weist darauf hin, wenn man schon den Inzidentantrag des § 717 Abs. 2 S. 2 ZPO gemäß dem Normzweck und der Interessenlage des § 265 ZPO zulasse, dann müsse dasselbe, was für die Fassung des Klagantrages anerkannt sei, auch für den Inzidentantrag gelten.[2] Das ist richtig, denn hier wie dort ist auf die sachliche Rechtslage abzustellen, und zum Schadensersatz verpflichtet ist allein der Rechtsnachfolger, der die Zwangsvollstreckung zu Unrecht gegen den Beklagten betrieben hat. Dies Ergebnis wird auch durch folgende praktische Überlegung bestätigt: Was geschähe, wenn der Vollstreckungsschuldner ein Urteil des Inhalts, daß nicht der Zessionar, der den Schaden durch seinen rechtswidrigen Vollstrekkungsbetrieb herbeigeführt hat, sondern der Zedent zum Schadensersatz verurteilt ist, gegen diesen, den Zedenten, vollstrecken läßt? Gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel würde sich der Zedent nicht wehren können, und die Vollstreckungsgegenklage müßte schon allein daran scheitern, daß es sich bei der Abtretung nicht um eine erst nachträglich entstandene Einwendung handelt. Das Ergebnis wäre demnach, daß der Zedent der Zwangsvollstreckung ausgesetzt wäre, d.h. er wäre praktisch neben dem Zessionar, gegen den der Titel vollstreckbar ausgefertigt werden könnte, als Mitverpflichteter haftbar[3], obwohl doch allein der Zessionar den Schaden durch seinen rechtswidrigen Vollstreckungsbetrieb herbeigeführt hat und nur er das Risiko des Irrtums über die Rechtmäßigkeit seines Vorgehens trägt. Ein sicherlich unrichtiges Ergebnis!

1) Jonas Anm. JW 1935, 2729; Stein-Jonas § 717 Anm. II 3; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 D.
2) So insbesondere Jonas a. a. O.
3) So Wieczorek § 717 Rn B IV b.

Eine Verantwortlichkeit des Rechtsnachfolgers ist selbstverständlich - das sei der Vollständigkeit halber gesagt - in allen den Fällen nicht begründet, in denen er mit der Vollstreckung gegen den Schuldner oder einer evtl. zur Abwendung der Vollstreckung vom Schuldner erbrachten Leistung gar nichts zu tun hatte.[1)]

Anspruchsberechtigt ist stets der Vollstreckungsschuldner und niemals ein Dritter - sei es, daß er gemäß § 267 BGB für den Schuldner geleistet hat, sei es, daß in sein Vermögen vollstreckt worden ist.[2)] Nur durch Abtretung, Pfändung und Überweisung kann der Dritte Gläubiger des Ersatzanspruchs werden.

2. Abschnitt: Aufhebung oder Abänderung eines vorläufig vollstreckbaren "Urteils"

Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch des Schuldners ist nach § 717 Abs. 2 S. 1 ZPO, daß ein "für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert" wird. Nach diesem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes scheiden in erster Linie alle diejenigen Fälle aus, in denen nur die Vollstreckbarkeit aufgehoben wird, denn bereits bei den Beratungen zur Änderungsnovelle wurde ausdrücklich hervorgehoben, der Ersatzanspruch solle in diesen Fällen ausgeschlossen sein, weil der Vollstreckungsbetrieb hier wenigstens dem Grunde nach gerechtfertigt sei und der Gläubiger nicht die Gefahr dafür tragen solle, daß er lediglich zu früh vollstreckt habe.[3)] Ferner ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut der § 717 Abs. 2 ZPO auch dann nicht anwendbar, wenn einer der in § 794 ZPO aufgeführten sonstigen Vollstreckungstitel die Grundlage der Zwangsvollstreckung bildete, es sei denn, daß dies im Einzelfalle durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zugelassen worden ist.

Recht umstritten ist diese Auffassung für die Fälle des § 794 Ziff. 2 und Ziff. 3 ZPO, nämlich hinsichtlich dieser im Beschwerdewege anfechtbaren Beschlüsse: Das Schrifttum hat sich entgegen dem Wortlaut des Gesetzes

1) Rosenberg, Lehrb. § 174 VI 1e; RG JW 1935, 2728.
2) Wieczorek § 717 Rn B IV c 2; RGZ 77, 48.
3) Hahn-Mugdan Bd. 8, S. 135.

überwiegend für eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO auf die genannten Fälle ausgesprochen.[1] Zur Begründung wird darauf hingewiesen, die Prozeßordnung lasse in ihren Einzelbestimmungen der §§ 302, 600, 717 Abs. 2, 945 und 1042c ZPO den allgemeinen Gedanken erkennen, "daß dem Besiegten ein Prozeßanspruch auf gleichzeitige Entscheidung über die Erstattung des ihm Abgezwungenen zuzugestehen sei, sobald der Schuldtitel, auf dessen Grund die Zwangsvollstreckung erfolgte, definitiv aufgehoben sei."[2] Im Widerspruch zur Lehre hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO in den genannten Fällen abgelehnt[3]: "Der § 655 Abs. 2 ZPO a.F. ist nur für Urteile, nicht aber auch für die im Beschwerdeverfahren ergehenden Beschlüsse der höheren Instanz anwendbar. Denn über die Verpflichtung zur Erstattung des auf Grund richterlicher Entscheidung Gezahlten oder Geleisteten kann nur im ordentlichen Verfahren nach vorangegangener mündlicher Verhandlung durch Urteil entschieden werden."[4] Dieser Auffassung haben sich mit ähnlicher Begründung Görres[5], Falkmann[6], Seuffert[7] und Petersen-Anger[8] angeschlossen, letzterer mit dem Hinweis darauf, die Beschlüsse des § 794 Ziff. 2 und Ziff. 3 ZPO würden im Verlauf des weiteren Verfahrens nicht aufgehoben, sondern "durch spätere Beschlüsse selbst außer Wirksamkeit gesetzt". Von diesen sich widersprechenden Ansichten verdient u.E. die insbesondere vom Reichsgericht in ständiger

---

1) Planck, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Bd. II, S. 652 f.; Sydow-Busch § 717 Anm. 4; Wieczorek § 717 Rn B I b 1; Schönke-Baur § 13 X.

2) Planck a.a.O.

3) RG Gruchot Bd. 40, S. 1183; RGZ 21, 380; 23, 336; 25, 425; SeuffArch. Bd. 47, S. 247. A.A. OLG Hamm E 29, 166.

4) RG Gruchot a.a.O.

5) Görres, S. 385.

6) Falkmann, S. 56 Note 86.

7) Seuffert § 717 Anm. 3.

8) Petersen-Anger § 717 Anm. 1. Vgl. auch Stein-Jonas § 717 II 1, der von den in § 794 ZPO aufgezählten Vollstreckungstiteln nur den Vollstreckungsbefehl den vorläufig vollstreckbaren Urteilen in § 717 Abs. 2 ZPO gleichstellt. Zur Frage der Kostenfestsetzungsbeschlüsse vgl. ferner Görres, S. 385 mit ebenfalls ablehnender Begründung.

Rechtsprechung vertretene Auffassung den Vorzug. Für ihre Richtigkeit spricht außer dem eindeutigen Wortlaut des § 717 Abs. 2 ZPO zunächst der Umstand, daß auch die Verweisungsnorm des § 795 ZPO die Vorschrift des § 717 ZPO nicht erwähnt, und daß vielmehr einzelne Fälle des § 794 ZPO herausgegriffen sind und eine besondere Regelung erfahren haben: Zu den sonstigen Titeln des § 794 Ziff. 3 ZPO gehören arg. § 922 ZPO auch Arrest und einstweilige Verfügung; ihnen jedoch gilt die besondere Regelung des § 945 ZPO, so wie auch im Falle der §§ 1042 c und 1044 a Abs. 3 ZPO (Schiedsspruch und Schiedsvergleich, § 794 Ziff. 4 a ZPO) besonders auf § 717 ZPO verwiesen wird. Schließlich sind auch die in § 794 Ziff. 4 ZPO genannten Vollstreckungsbefehle in § 700 ZPO ausdrücklich den für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumnis erlassenen Endurteilen gleichgestellt. Ein weiteres Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO auf die Fälle des § 794 Ziff. 2 und 3 ZPO ergibt sich daraus, daß jene Beschlüsse wegen des der Beschwerde in aller Regel fehlenden Suspensiveffektes schlechthin vollstreckbar sind, daß es also begrifflich gar nicht denkbar ist, sie für vorläufig vollstreckbar zu erklären, eine Erklärung, die nur für solche Entscheidungen einen Sinn hat, die an sich nicht vollstreckbar sind. Auch kann man diese schlechthin gegebene Vollstreckbarkeit der Beschlüsse nicht jener erklärten vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils gleichsetzen, denn der vorläufigen Vollstreckbarkeit als dem gesetzlich vorgesehenen Ausnahmetatbestand steht immer der Regelfall endgültiger Vollstreckbarkeit gegenüber. In aller Regel tritt diese jedoch wegen der unbegrenzten, an keine Frist gebundenen Beschwerdemöglichkeit und der fehlenden formellen Rechtskraft nicht ein. Daher ermangelt es hier grundsätzlich an der für die besondere Risikoverteilung des § 717 Abs. 2 ZPO entscheidenden Alternative der Vollstreckung einer zur Zeit noch nicht endgültigen, vorläufig vollstreckbaren oder einer alsbald zu erwartenden endgültigen, definitiv vollstreckbaren Entscheidung, so daß auch und schon aus diesem Grunde eine unbedingte Ersatzpflicht des Gläubigers entsprechend der in § 717 Abs. 2 ZPO getroffenen Regelung wegen der unverhältnismäßigen und einseitigen Risikobelastung nicht gerechtfertigt wäre. Ferner ist die Aufhebung des vollstreckten Urteils in § 717 Abs. 2 ZPO gerade um deswillen zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs erforderlich, weil die Bindungswirkung des nicht aufgehobenen Urteils eine Berufung auf die objektive Rechtswidrigkeit der Vollstreckung wegen formeller oder materieller Fehlerhaftigkeit des Titels hindern wür-

de. Daraus folgt, daß eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs.2 ZPO schlechthin bei allen solchen Beschlüssen entfällt, die ihrer Natur nach keiner Rechtskraft fähig sind.[1] Zu alledem geht schließlich § 717 Abs.2 Satz 2 ZPO auch davon aus, daß die vorläufig vollstreckbare Entscheidung, auf Grund deren der Gläubiger vollstreckt hat, sowie das diese aufhebende gerichtliche Erkenntnis in einem ordentlichen Zivilprozeß mit mündlicher und streitiger Verhandlung ergehen. Denn eine Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch Inzidentantrag und die damit verbundene besondere Rechtshängigkeitswirkung sind nur in einem ordentlichen Verfahren mit mündlicher und streitiger Verhandlung denkbar.

Außer den in § 794 Ziff.4 genannten Vollstreckungsbefehlen, die nach § 700 ZPO den vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteilen gleichstehen, den Schiedssprüchen und Schiedsvergleichen nach Ziff. 4a, denen die Sonderregelung der §§ 1042 c, 1044 a Abs.3 ZPO gilt, sowie den bereits erörterten vollstreckbaren Beschlüssen der Ziffern 2 und 3 des § 794 ZPO sind als sonstige Titel weiterhin die vollstreckbaren Vergleiche (Ziff. 1) und die sogenannten guarantigiierten Urkunden (Ziff. 5) genannt. Für diese Titel ist, wie man leicht erkennt, mit Recht eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs.2 ZPO nach einhelliger Auffassung ausgeschlossen.[2]

3. Abschnitt: Aufhebung oder Abänderung eines "für vorläufig vollstreckbar erklärten" Urteils

Für die Gläubigerhaftung des § 717 Abs.2 ZPO wird ferner vorausgesetzt, daß der ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung ein "für vorläufig vollstreckbar erklärtes" Urteil zugrunde gelegen hat. In Betracht kommen die nach §§ 708 Ziff.1 - 6, 709, 710 oder nach §§ 534, 560 ZPO für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteilen gleichgestellten Vollstrekkungsbefehle. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Titel von Gesetzes wegen oder auf Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde.[3]

1) Vgl.Rosenberg, Lehrb. § 149 I 1; Stein-Jonas § 329 Anm. II 3.
2) Wieczorek § 717 Rn B I e; Schönke-Baur § 13 X.
3) RGZ 104, 249.

Eine Haftung des Gläubigers ist hiernach ausgeschlossen, wenn der Schuldner entweder auf ein nicht für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil hin geleistet hat oder wenn das vollstreckte Urteil bereits rechtskräftig und daher endgültig vollstreckbar war.[1] Für den letztgenannten Fall sind jedoch einige Ausnahmen zuzulassen: Die Vorschrift des § 717 Abs.2 ZPO ist entsprechend anzuwenden, wenn ein selbst rechtskräftiges Betragsurteil bei noch schwebendem Verfahren über den Grund des Klaganspruchs durch Aufhebung des Grundurteils (§ 304 ZPO), oder wenn ein selbst rechtskräftiges Urteil bei noch schwebendem Zwischenstreit nach § 275 Abs.2 ZPO durch ein in diesem Verfahren ergehendes Urteil beseitigt wird. Denn in beiden Fällen ist das Endurteil stets auflösend bedingt durch die Aufhebung des Zwischenurteils, und dies ist jedem, der aus einem, sei es auch rechtskräftigen Endurteil vollstreckt, hinreichend bekannt, so daß ein Unterschied zu den übrigen, eigentlichen Fällen des § 717 Abs.2 ZPO nicht besteht.

Nicht unwesentlich anders ist es jedoch bei den Fällen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in denen ein Rechtsmittel auch nach Fristablauf noch zulässig ist. War dem Gläubiger noch kein Rechtskraftattest erteilt oder kannte er die Tatsache eines eingereichten Wiedereinsetzungsgesuchs oder hätte sie ihm zweifellos bekannt sein müssen, so müßte auch in diesen Fällen eine Haftung aus § 717 Abs.2 ZPO grundsätzlich gegeben sein. Sie ist jedoch ausgeschlossen, wenn die genannten Voraussetzungen nicht zutreffen, weil man sonst den Gläubiger mit einem unverhältnismäßig großen und ungerechtfertigten Risiko belasten würde.[2]

4. Abschnitt: "Aufhebung oder Abänderung" eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils

Die Aufhebung oder Abänderung des Urteils, von der § 717 Abs.2 ZPO die Ersatzpflicht des Gläubigers abhängen läßt, ist in folgenden Fällen denkbar:

1) Bei der Aufhebung rechtskräftiger Urteile im Wiederaufnahmeverfahren soll § 717 Abs.3 ZPO entsprechend anwendbar sein. Vgl. Furtner, MDR 1959, 6; RGZ 91, 195 ff.

2) Vgl. Wieczorek § 717 Rn B I c 1.

1. wenn gegen das Urteil Berufung eingelegt ist gemäß §§ 536 und 539 ZPO,

2. im Falle der Revision gemäß § 564 ZPO,

3. wenn das Erkenntnis als Versäumnisurteil oder als Vollstreckungsbefehl erlassen worden war nach § 343 S.2 und § 700 ZPO in dem auf Einspruch folgenden Verfahren.

In diesem Zusammenhang findet man bisweilen die Auffassung vertreten, eine Ersatzpflicht sei stets nur dann begründet, wenn das aufhebende Urteil unbedingt und endgültig in der Sache selbst erkenne. Der Vollstreckungsgläubiger hafte nicht, wenn der Titel aus rein formalen Gründen, insbesondere durch Revisionsurteil oder im Falle des § 539 ZPO durch Berufungsurteil unter Zurückweisung an die erste Instanz oder wegen Unzuständigkeit des Gerichts aufgehoben worden sei.[1] So ist beispielsweise bei Petersen-Anger nachzulesen, eine Aufhebung des Urteils liege zwar auch dann vor, wenn an Stelle des unbedingten ein bedingtes Urteil trete oder die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen werde. Doch sei ein Schadensersatzanspruch bei Urteilen dieses Inhalts nicht gerechtfertigt, weil er voraussetze, "daß der vollstreckte Anspruch unbegründet war".[2] Diese Ansicht gründet sich, wie man leicht sieht, auf jene schon oben[3] widerlegte irrige Auffassung von der sogenannten "materiellen Widerrechtlichkeit" (im Gegensatz zur "prozessualen Rechtswidrigkeit") als Grundlage für die Gläubigerhaftpflicht des § 717 Abs.2 ZPO. Für die Existenz des Ersatzanspruchs ist es, wie wir sahen, völlig gleichgültig, ob formelle oder materielle Gründe zur Aufhebung des Urteils geführt haben, denn der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers ist in jedem Falle objektiv, d.h. schlechthin, allgemein rechtswidrig. Das leuchtet auch vom Ergebnis her ohne weiteres ein, wenn man bedenkt, daß bei formaler Fehlerhaftigkeit des Titels und Zurückverweisung des Rechtsstreits an die untere Instanz ein Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs.2 ZPO stets dann nicht entstehen könnte, wenn das Gericht nunmehr die Klage der Sache nach endgültig abweist und sein früheres, formell fehlerhaftes Urteil gar nicht selbst aufhebt.

---

1) Hellwig-Oertmann, Syst. II, S. 176 Note 7; Seuffert § 717 Anm. 2 b; Petersen-Anger § 717 Anm. 4.

2) Petersen-Anger a.a.O.

3) Vgl. oben S. 81 ff.

Umstritten ist die Frage, ob eine Berichtigung des Urteils der Aufhebung des Titels gleichzustellen ist, so daß § 717 Abs. 2 ZPO auch hier entsprechend angewendet werden könnte. Für eine unbedingte Haftpflicht des Gläubigers auch bei bloßer Urteilsberichtigung hat sich, soweit ersichtlich, Wieczorek[1] im Anschluß an eine Entscheidung des OLG Hamburg[2] ausgesprochen, denn es müsse sich hier stets "um eine offenbare Unrichtigkeit handeln, wie auch dem Gläubiger nicht entgehen dürfte".[3] Anderer Ansicht ist Heintze[4] mit der Begründung, eine "analoge Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO würde insbesondere an den dabei unvermeidlichen prozessual-technischen Schwierigkeiten scheitern". Gedacht ist hier offenbar an die nach § 717 Abs. 2 S. 2 ZPO gebotene Möglichkeit, den Ersatzanspruch durch Inzidentantrag im anhängigen Rechtsstreit geltend zu machen. Bedeutsamer erscheint mir indes folgende Erwägung: Ausschlaggebend für die Normierung der unbedingten Haftpflicht des Gläubigers war doch die Überlegung, daß dem Gläubiger bei der Vollstreckung vorläufiger Titel in aller Regel ein Verschulden an der ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung nicht nachgewiesen werden könne, daß dies aber unmöglich zum Nachteile des Schuldners gehen dürfe. Da es sich bei den Fällen der Urteilsberichtigung jedoch notwendig um offenbare Unrichtigkeiten handeln muß, die auch, wie Wieczorek selbst sagt, dem Gläubiger nicht entgehen dürfen, ist es hier doch gerade umgekehrt wie in den Fällen, die § 717 Abs. 2 ZPO betrifft. Denn die Vollstreckung eines offensichtlich infolge Schreibfehlers, Verrechnens und dergl. unrichtigen Urteils begründet zumindest in aller Regel eine Verschuldenshaftung, so daß für eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO schon gar kein Bedürfnis besteht, zumal da auch eine Geltendmachung des Anspruchs durch Inzidentantrag prozessual nicht möglich wäre.

Ausgeschlossen ist schließlich eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO, wenn sich der Vollstreckungsschuldner der Zwangsvollstreckung mit erfolgreicher Vollstreckungsgegenklage oder sonstigen die Zulässigkeit der Vollstreckung betreffenden Rechtsbehelfen erwehrt, oder wenn ein Dritter mit der Widerspruchsklage die Zwangsvollstreckung erfolgreich abwendet.[5] In allen diesen Fällen bleibt nämlich der Bestand des vollstreckten Urteils unangetastet.

---

1) Wieczorek § 717 Rn B I c 2.
2) OLG Hamburg SeuffArch Bd. 55 S. 49.
3) Wieczorek a. a. O.
4) Heintze, S. 20; im Ergebnis ebenso Sydow-Busch § 717 Anm. 4.
5) Wieczorek Rn B I c 3; Sydow-Busch § 717 Anm. 4; Schönke-Baur § 13 X.

5. Abschnitt: Schaden als Folge der Zwangsvollstrekkung oder einer zu ihrer Abwendung gemachten Leistung

Der nach § 717 Abs. 2 ZPO vom Gläubiger zu ersetzende Schaden muß stets "durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung" entstanden sein.

A. Vollstreckungsschaden

Die erste Alternative bietet kaum Schwierigkeiten; sie besagt, daß der Schaden unmittelbar oder mittelbar mit der auf Antrag des Gläubigers vom zuständigen Vollstreckungsorgan durchgeführten Zwangsmaßnahme, dem Vollstreckungseingriff in die Rechtssphäre des Schuldners, und so mit dem rechtswidrigen Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers ursächlich zusammenhängen muß.[1] Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Zwangsvollstreckung für den Gläubiger erfolgreich war oder nicht, d.h. es muß nicht nur der Schaden ersetzt werden, der infolge der Beitreibung des Leistungsgegenstandes entstanden ist, sondern auch der Schaden, den der Schuldner durch einen gegen ihn gerichteten vergeblichen Vollstreckungsversuch erlitten hat[2], so z.B. durch Aufbrechen der Behältnisse des Schuldners.

B. Schaden als Folge einer zur Abwendung der Vollstreckung gemachten Leistung

Für die zweite Alternative ist entscheidend, daß die zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung dem Schuldner mit dem erkennbaren Hinweis bevorstehender Zwangsvollstreckung vom Gläubiger "abgenötigt" worden ist[3], daß die Zwangsvollstreckung "drohend" bevorstand (vgl. auch

1) Sydow-Busch § 717 Anm. 3 a; RG Gruchot Bd. 69, S. 241.
2) Stein-Jonas § 717 Anm. II 4; Sydow-Busch a.a.O.; Förster-Kann § 717 Anm. 4 b; RG-Gruchot Bd. 69, S. 239.
3) Kuttner, S. 17.

§ 288 StGB).[1] Das nötigende Verhalten des Gläubigers kann darin bestehen, daß er entweder die Vollstreckung ausdrücklich ankündigt oder Handlungen vornimmt, die bei verständiger Würdigung der Sachlage auf die Absicht, die Zwangsvollstreckung alsbald zu betreiben, schließen lassen. Die bloße objektive Möglichkeit, daß es zur Vollstreckung kommen könnte, genügt nicht.[2] In der Tatsache als solcher, daß der Gläubiger ein vorläufig vollstreckbares Urteil erwirkt hat, liegt mithin selbst dann noch nicht die Androhung der Zwangsvollstreckung, wenn der Gläubiger die vollstreckbare Ausfertigung ausdrücklich beantragt hat. Auch darin, daß sich der Gläubiger erbietet, vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit zu leisten, wird man noch nicht ohne weiteres eine Androhung der Zwangsvollstreckung finden können. Erst aus dem Verhalten des Gläubigers nach Erlaß des Urteils wird man in aller Regel schließen können, ob es ihm nur darum zu tun war, für alle Fälle die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zu schaffen, oder ob er wirklich die Vollstreckung gegen den Schuldner zu betreiben beabsichtigte. Diese Absicht wird man regelmäßig daraus entnehmen können, daß der Gläubiger beispielsweise die Sicherheit, von der die Vollstreckung abhängig gemacht worden ist, nunmehr leistet, oder daß er sich eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erteilen läßt[3], insbesondere daß er sie dem Schuldner zustellt. In diesen Fällen darf der Schuldner mit Fug und Recht annehmen, daß die Zwangsvollstreckung "greifbar nahe" ist[4]. Will der Gläubiger trotz allem dennoch nicht vollstrecken lassen, so muß er das dem Schuldner schon ausdrücklich erklären.[5]

Zu den zur Abwendung der Vollstreckung gemachten freiwilligen Leistungen des Schuldners können ebensowohl solche gehören, die an den Gläubiger selbst erbracht worden sind, wie beispielsweise Zahlung, Hingabe an Zahlungs Statt, Aufrechnung usw., als auch die Beschaffung der Sicherheit nach § 713 ZPO. Andere Handlungen als Leistungen und Sicherheitsleistungen kommen jedoch nicht in Betracht.

1) Stein-Jonas § 717 Anm. II 4; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 E.
2) Förster-Kann § 717 Anm. 3b.
3) A. A. Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 E; RG JW 1932, 654, obschon die Zustellung zumeist doch zugleich mit der Vollstreckungsmaßnahme selbst geschieht.
4) Baumbach-Lauterbach Anm. 2 E zu § 717 ZPO.
5) Stein-Jonas § 717 Anm. II 4.

C. Umfang des Schadens

Für den Umfang der Schadensersatzpflicht sind die §§ 249 ff. BGB maßgebend, da § 717 Abs.2 ZPO eine materiellrechtliche Vorschrift enthält, die aus den allgemeinen Vorschriften im zweiten Buch des BGB zu ergänzen ist.[1] Der Anspruch geht mithin auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, hilfsweise auf Entschädigung in Geld. Ersetzt werden muß nicht nur der Schaden, der aus der Beitreibung des Hauptobjekts, sondern auch aus der Einziehung der Kosten der Zwangsvollstreckung entstanden ist.[2] Gegebenenfalls umfaßt der Schadensersatz auch die Leistung einer neuen Sicherheit, wenn früher auf eine solche hatte verzichtet werden müssen.[3] Andererseits haftet die vom Kläger geleistete Sicherheit (§§ 710, 713 ZPO) für den Schadensersatz und genügt deshalb auch in aller Regel als Sicherheit i.S. des § 713 ZPO, um die neue, nunmehr vom Schuldner aus seinem Schadensersatztitel betriebene Vollstreckung abzuwenden. Ist dieses Urteil seinerseits für vorläufig vollstreckbar erklärt, so findet im Falle seiner Aufhebung § 717 Abs.2 ZPO ebenfalls Anwendung, so daß aus der zwangsweisen Verwirklichung dieses Schadensersatzanspruchs erneut ein solcher Anspruch des Schuldners dieser Vollstreckung, also des Klägers und Gläubigers im Hauptprozeß erwachsen kann.

2. Teil: Die prozessuale Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs

Der Ersatzanspruch nach § 717 Abs.2 ZPO kann nach einhelliger Ansicht[4] ohne weiteres zunächst durch selbständige Klage im Gerichtsstand der un-

1) Förster-Kann § 717 Anm. 4 b; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 2 F; Stein-Jonas § 717 Anm. II 4.
2) Förster-Kann und Baumbach-Lauterbach a.a.O.; RGZ 49, 11.
3) BGH MDR 1959, 122 = BGH ZZP 72, 199.
4) Stein-Jonas § 717 Anm. III; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 3 A; Sydow-Busch § 717 Anm. 9; RGZ 124, 185; RG JW 29, 2152.

erlaubten Handlung (§ 32 ZPO)[1], sowie durch förmliche Widerklage geltend gemacht worden. Insoweit sind für die Zulässigkeit von Klage und Widerklage die allgemeinen Vorschriften maßgebend. Im Vordergrund des Interesses steht jedoch die durch § 717 Abs. 2 S. 2 ZPO im Interesse des Schuldners geschaffene Möglichkeit, den Ersatzanspruch im abhängigen Rechtsstreit selbst zu verwirklichen. Das geschieht mittels eines einfachen Zwischenantrages gemäß § 281 ZPO, der schriftlich anzukündigen und zu verlesen (§ 297 ZPO), oder im Amtsgerichtsprozeß nach § 510 a ZPO festzustellen ist. Ein Versäumnisurteil gegen den Kläger kann nicht ergehen, wenn ihm der Antrag nicht rechtzeitig durch Schriftsatz mitgeteilt war (§ 335 Ziff. 3 ZPO). Der Zwischenantrag ist sowohl in der Berufungsinstanz als auch in der Revisionsinstanz, in der sonst neue Tatsachen nicht vorgetragen werden dürfen, ohne Einwilligung des Gegners zulässig, und dies selbst dann, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil bereits durch das Berufungsgericht aufgehoben worden war und der Antrag schon in diesem Prozeßabschnitt hätte gestellt werden können[2]. Wird der Antrag erst in der Revisionsinstanz gestellt, so muß das Revisionsgericht auch die zur Begründung des Anspruchs vorgetragene tatsächliche Seite prüfen.[3] Ergibt sich dabei ohne weiteres die Unbegründetheit des Anspruchs (z.B. weil bereits nach dem unschlüssigen Vortrag des Schuldners zwischen dem angeblich entstandenen Schaden und der Vollstreckung kein Kausalzusammenhang besteht), so hat es den Inzidentantrag zurückzuweisen. Ist hingegen der inzidenter geltend gemachte Anspruch schlüssig dargetan und werden die vom Schuldner zu seiner Begründung vorgebrachten Tatsachen nicht bestritten, so kann das Gericht ohne weiteres nach dem Antrage erkennen.[4] Bedarf es jedoch für die Entscheidung noch weiterer tatsächlicher Erhebungen, so muß das Revisionsgericht die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag der Vorinstanz übertragen.[5]

Für die Frage nach der Rechtshängigkeit des Anspruchs und deren prozessualen und sachlichrechtlichen Wirkungen hat der Inzidentantrag des § 717 Abs. 2 S. 2 ZPO folgende Bedeutung: Im letzten Halbsatz des Abs. 2 der Be-

1) Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 3 A; RGZ 74, 249.
2) RGZ 34, 385; Stein-Jonas § 717 Anm. III 1; Sydow-Busch § 717 Anm. 9; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 3 B.
3) Förster-Kann § 717 Anm. 5 bb.
4) RGZ 34, 384.
5) RGZ 27, 44; RG JW 1909, 142; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm. 3 B.

stimmung heißt es sinngemäß: Wird der Anspruch mittels Inzidentantrages geltend gemacht, so ist er als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden anzusehen. Diese Vordatierung der Rechtshängigkeit könnte demnach sowohl in prozessualer als auch in sachlich-rechtlicher Beziehung erheblich sein. Doch ist einhellig anerkannt, daß sie die prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit (§ 263 Abs.2 ZPO) nicht betrifft.[1] Denn obschon sie ohnehin eintreten, sind sie entweder einer Vordatierung unzugänglich (z.B. die Zulässigkeit der Haupt- und Nebenintervention) oder diese würde doch zumindest dem Schuldner zum Nachteil gereichen. Das jedoch widerspräche dem anerkannten Sinn jener Fiktion, die schon ihrer Entstehungsgeschichte nach eine ausdrückliche Bevorzugung des Beklagten bezweckt.[2] Diesem Zwecke jedoch wird die Beziehung jener Fiktion auf die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit gerecht:

1. Der Kläger hat die Geldschuld von der Zeit der Zahlung an mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen (§§ 291, 288 BGB).

2. Hat der Kläger einen bestimmten Gegenstand zu erstatten, so tritt vom Zeitpunkt der Leistung an die gesteigerte Verantwortlichkeit für Verschlechterung, Untergang usw. sowie für Nutzungen und die Minderung seiner Verwendungsansprüche gemäß § 292 BGB ein.

3. Die Verjährung des Ersatzanspruchs gilt als von dem bezeichneten Zeitpunkt an unterbrochen.

Die Entscheidung über den inzidenter geltend gemachten Ersatzanspruch ergeht durch Endurteil. Es unterliegt hinsichtlich einer etwaigen Ergänzung nach § 321 ZPO sowie der Rechtsmittel, der Rechtskraft und der Zwangsvollstreckung ebenso wie die Entscheidung in der Hauptsache den allgemeinen Grundsätzen.[3]

---

1) Stein-Jonas § 717 Anm. III 3; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm.3 C.
2) Stein-Jonas a.a.O.
3) Stein-Jonas § 717 Anm.III 5; Baumbach-Lauterbach § 717 Anm.3 D.

Lebenslauf

Am 12. Oktober 1935 wurde ich als ältester Sohn des Pfarrers Werner Vockenberg und seiner Ehefrau Maria, geborene Krommes in Kassel geboren. Nach meiner Volksschulzeit besuchte ich seit dem Jahre 1947 zunächst das humanistische Max - Planck - Gymnasium in Göttingen und danach vom Jahre 1951 an das humanistische Gymnasium Marianum zu Warburg/Westf. Dort bestand ich im Frühjahr 1957 die Reifeprüfung. In den Jahren 1957 bis 1961 studierte ich an den Universitäten Marburg a.d.Lahn und Göttingen Rechtswissenschaft. Am 16. April 1962 legte ich beim Justizprüfungsamt des OLG Celle die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit Dezember 1962 bin ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst.